Die
Beschränkung der Gattungsschuld
auf eine bestimmte Sache.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Kurt Dietze
Gerichts-Referendar.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903.

Meinen Eltern!

Litteratur-Verzeichnis.

1. Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. 1886.
2. Bechmann, System des Kaufes nach dem Gemeinen Rechte. Erlang. 1884, II. 1.
3. Bekker, Zur Lehre vom Genuskauf (Jahrb. des Gemeinen deutschen Rechtes, Bd. V, S. 350 ff.)
4. Berndorff, Die Gattungsschuld. 1900.
5. Brinz, Pandekten. Bd. 2, II. Aufl.
6. Bunsen, Einführung in das BGB. Bd. 1 1896.
7. Busch, Archiv für Theorie und Praxis des deutschen Handelsrechtes.
8. Carpzow, opus decisionum.
9. Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1898.
10. Cuno, Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden. Breslau 1901.
11. Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches u. Preussens II, 1.
12. Ders., Pandekten II, 5. Aufl.
13. Ders., Preuss. Privatrecht II, 1878.
14. Eck, Der Gattungskauf (in Weiske's Rechtslexikon, Bd. II, S. 7.)

15. Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches. 1897.
16. Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 5. Aufl. I.
17. Enneccerus u. Lehmann, Das Bürgerliche Recht. Marburg 1900.
18. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
19. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes.
20. Fick, Stellung einer nur teilweise fehlerhaften Warensendung zur Disposition des Verkäufers im Archiv für Wechselrecht VIII.
21. Ders., Über die Natur des modernen Distancekaufvertrages eod. IX.
22. Fischer-Henle, BGB., 3. Aufl. 1899.
23. Flatau, Über die Tragung der Gefahr beim Gattungskauf. Breslau 1880.
24. Gai, institutionum Commentarii IV.
25. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 1. Bd., 2. Abt. 1868.
26. Gareis, Das Deutsche Handelsrecht 1899.
27. Goedeke, A., Der Gefahrübergang beim Genuskauf. Berlin 1901.
28. Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zu dem Entwurf eines BGB.
29. Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 1898.
30. Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht, 1. Bd. 1881.
31. Haver, Die Gattungsschuld, Berlin 1900.
32. Heilfron, Lehrbuch des bürgerl. Rechts II, 1900.

33. Heyer, in Linde's Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess N. F. 15, S. 26 ff.
34. Hofmann, Über das periculum beim Kauf. 1900.
35. Jhering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt im IV. Bde. der Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes, S. 366 ff.
36. Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.
37. Kleineidam, Unmöglichkeit u. Unvermögen 1900. (Abhandlungen zum Privatrecht u. Zivilprozess des deutschen Reiches).
38. Kohler, Annahme und Annahmeverzug (Jahrb. für die Dogmatik, Bd. 17.)
39. Laband, Zum 2. Buch des Entwurfes eines BGB. für das deutsche Reich, I. Abschnitt.
40. Loewy, Die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen 1888.
41. Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 1. Bd., Berlin 1900.
42. Meisner, Kommentar zum 2. Buch des deutschen BGB. 1898.
43. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht 1853.
44. Motive zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, II. Bd.
45. Müsch, Wie unterscheidet sich der Genuskauf vom Spezieskauf, Aachen 1898.
46. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse.
47. Ders., Der Kauf mit Spezifikation (Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 85.)

48. Oster, Voraussetzungen und Wirkungen der sogenannten Konzentration bei Gattungsschulden 1903.

49. Planck, Recht der Schuldverhältnisse 1900.

50. Plonski, Konzentration der Gattungsschuld. Greifswald 1900.

51. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. 1898.

52. Puchta, Vorlesungen 1853.

53. Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts, Innsbruck 1885.

54. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

55. Regelsberger, Über die Tragung der Gefahr beim Genuskauf (Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 49.)

56. Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen II, 1 1901.

57. Savigny, Das Obligationenrecht, 1 Bd. 1851.

58. Schmitz, Beiträge zur Lehre von Genuskauf 1894.

59. Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse 1897.

60. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

61. Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht II, 47.

62. Skolny, BGB. für das Deutsche Reich 1900.

63. Sohm, Der Selbsthilfeverkauf nach BGB. und HGB. (in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 53.)

64. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.

65. Staudinger, Kommentar zum BGB. 1900.

66. Stintzing, necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio (Jahrb. für die Dogmatik, Bd. X.)
67. Thöl, Handelsrecht, 4. Aufl.
68. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Recht, Leipzig 1900.
69. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1. Bd., Leipzig 1856.
70. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. 1869.
71. Veith, Die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache, Breslau 1901.
72. Wilde, Die rechtliche Natur des beschränkt generischen Kaufes 1899.
73. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., 1900.
74. Wochenschrift, Juristische.
75. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (v. Goldschmidt).

Inhaltsverzeichnis.

I. Allgemeiner Teil.

§ 1. Begriff und Gegenstand der Gattungsschuld. S. 12.

§ 2. Arten der Gattungsschuld. S. 19.

Die Beschränkung auf eine bestimmte Sache.

§ 3. a. Allgemeines.. S. 24.

§ 4. b. Das Recht zur Wahlausübung. S. 25.

c. Untersuchung der einzelnen Möglichkeiten der Beschränkung auf eine spezielle Sache.

§ 5. α) Durch Ausübung des Wahlrechts. S. 27.

§ 6. β) Durch Vereinbarung der Parteien. S. 28.

§ 7. γ) Durch Untergang der ganzen Gattung bis auf einen Gegenstand. S. 30.

δ) Dadurch, dass Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat.

§ 8. Allgemeines. S. 31.

§ 9. Erfordernisse zum Eintreten der Beschränkung. S. 34.

§ 10. Wirkungen der Konzentration. S. 38.
§ 11. Konzentration der Gattungsschuld gemäss § 447,1 BGB. S. 39.
§ 12. Eintreten der Konzentration infolge Annahmeverzuges des Gläubigers. S. 40.

II. Besonderer Teil.

A. Geschichtlicher Abschnitt.

§ 13. 1) Geschichtliche Entwickelung. S. 52.
2) Die Theorien.
§ 14. Thöls Theorie. S. 53.
§ 15. Jherings Lieferungstheorie. S. 58.
§ 16. Bekkers Individualisierungstheorie. S. 62.
§ 17. Regelsbergers Theorie. S. 67.

B. Die Fälle des BGB.

§ 18. Konzentration bei Geldschulden. S. 70.
§ 19. Konzentration beim Gattungskauf. S. 71.
§ 20. Konzentration beim Werkvertrag. S. 74.

Die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache.

I. Allgemeiner Teil.

§ 1.

Begriff und Gegenstand der Gattungsschuld.

1. Die Art und Weise der Bestimmung des vom Schuldner kraft des Schuldverhältnisses zu leistenden Gegenstandes kann eine verschiedene sein; Voraussetzung der Leistungspflicht ist aber immer, dass sich eine Bestimmung des zu leistenden Gegenstandes durch angegebene Merkmale überhaupt ermöglichen lässt.[1]

Die Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes kann zunächst derart genau sein, dass Schuldner bei der Bestimmung keinerlei Bewegungsfreiheit hat, d. h. die zur Bestimmung notwendigen Merkmale treffen zu nur für ein besonderes aller überhaupt existirenden Objekte. Hier ist der Schuldgegenstand ein bestimmtes Individuum, er ist eine spezielle Sache und die mit ihm zusammenhängende Schuld ist eine Speziesschuld. Z. B. „Deine Taschenuhr".

1) Vgl. Bechmann a. a. O. II 1. S. 318.

Ein hierzu gehöriger Fall ist der, dass eine Mehrzahl von einzelnen Sachen durch eine zusammenfassende Bezeichnung derart bestimmt wird, dass nur etwas schon genau spezialisiertes gemeint sein kann.[1] Z. B. Deine Jagdausrüstung.

Der Inhalt des Schuldverhältnisses kann nun aber mehr oder weniger unbestimmt sein. Es können nämlich die die Bestimmung ermöglichenden Erfordernisse für eine solche Mehrzahl von Objekten zutreffen, die nicht insgesamt zu liefern sind; es handelt sich hierbei also, wie Windscheid (Pand. II. § 255) sagt, um „Merkmale, die keine Individualisierungsmerkmale sind; der Leistungsinhalt ist nicht gerichtet auf einen „konkret bezeichneten Gegenstand" (Endemann a. a. O. S. 512), sondern ist nur ganz allgemein der Gattung nach bestimmt; die mit ihm zusammenhängende Schuld ist eine Gattungsschuld; unter derselben versteht man also die Verpflichtung zu einer Leistung, die bestimmt ist nach denjenigen Eigenschaften, welche einer Art oder Klasse wesentlich sind: z. B. eine Taschenuhr. — vgl. Schollmeyer zu § 243.

Bei der Gattungsschuld bleibt nach dem Gesagten der Leistungsgegenstand innerhalb eines Spielraumes, der grösser oder kleiner sein kann, je nachdem weniger oder mehr Merkmale angegeben sind, unbestimmt; dies kann z. B. dann der Fall sein, wenn der Gattung noch die Art oder Sorte zugefügt wird (statt Äpfel sind Borsdorfer Äpfel zu liefern); Voraussetzung ist aber, dass auch innerhalb

1) Vgl. Endemann I S. 512, Schollmeyer § 243.

des engsten Spielraumes noch eine Mehrzahl von Individuen zur Verfügung steht; „der Idee nach" (vgl. Oster S. 3; Haver S. 8), denn es kann in der Wirklichkeit nur ein einziger den Anforderungen genügender Gegenstand vorhanden sein. Andererseits ist zu beachten, dass der Leistungsgegenstand kein so völlig ungewisser sein darf, dass die Bestimmung der Willkür des Bestimmenden überlassen wird. Vgl. Arndts § 203 Anf. Goldschmidt I 2. S. 553, Matthiass S. 298 („hinreichende Bestimmung").

Regelmässig muss der Umfang, das „Wieviel" der Leistung genau bestimmt sein, wenn auch in dieser Beziehung Ausnahmen dann möglich sind, wenn trotz des gelassenen Spielraumes eine ausreichende Abgrenzung infolge von Handelsbräuchen oder dergl. ermöglicht wird; vgl. hierzu Dernburg, Bürg. Recht II 1. § 12; Endemann I S. 513 a. 4.; Haver S. 16.

Bezüglich der erforderlichen Qualität der Leistung vgl. unten.

Hingegen ist bei der Individual- oder Speziesschuld der zu leistende Gegenstand von Anfang an der allein in obligatione befindliche.

Es bilden also die Begriffe individuelle, beziehungsweise generische Bestimmung zwei entgegengesetzte Pole; „was nicht individuell bestimmt ist, ist generisch bestimmt, ein Mittelding gibt es nicht" (Bechmann II, 1 S. 322a 3).

Besonders kann man als solches nicht die sogenannte Alternativschuld ansehen. In Übereinstimmung mit dem Sächsischen BGB. fasste

§ 213 des ersten Entwurfes des Reichsgesetzbuches die auf eine Sachleistung gerichtete generische Obligation als alternative auf dadurch, dass es bestimmte: „Ist die den Gegenstand der Leistung bildende Sache nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner eine Sache auszuwählen“ (vgl. Gutachtl. Äusserungen II, S. 12) Dies wurde mit Recht dadurch abgeändert, dass das Wort „auszuwählen“ durch „leisten“ ersetzt wurde. Generische Obligation gehört nicht zu der alternativen; beide seien in ihrem inneren Wesen verschieden (Protokolle II, S. 285); bei letzterer sind die möglichen Leistungsgegenstände individuell bestimmt; unter diesen Individuen finden Auswahl statt; z. B. das Haus des A, B oder C (vgl. Endemann S. 512, Anm. 3); bei ersteren ist das Massgebliche nicht die Wahl unter den generisch bestimmten Objekten, sondern einzig die Leistung. Gegenstand des Schuldverhältnisses ist die Leistung; die Gattungsschuld bezieht sich von Anfang an nur auf eine Leistung, deren Gegenstand in seiner Individualität festzustellen ist (Matthiass S. 307), bei der Alternativschuld hingegen stehen mehrere Leistungen zur Wahl (vgl. Protokolle II, S. 285). Der Grundgedanke ist, wie hier die individuelle Verschiedenheit, dort die Gleichartigkeit der Objekte (cf. Kohler S. 391/92).

2. Ehe auf die Frage eingegangen werden kann, wenn die Gattungsschuld aus ihrem Rahmen heraustritt und sich auf eine bestimmte Sache

beschränkt, ist es nötig, einen Blick auf Gegenstand und Arten der Gattungsschuld zu werfen.

Den Leistungsinhalt können zunächst sowohl bereits vorhandene Gegenstände bilden, beispielsweise ein Fass 93er Rüdesheimer, als auch in Zukunft erst entstehende, wie: ein Fass Rüdesheimer nächster Ernte.

Es hängt durchaus nicht von den objektiven Qualitäten der Leistungssachen bezüglich der Frage ab, ob eine Gattungsschuld vorliegt oder nicht. Dies bestimmt sich vielmehr lediglich daraus, dass die Parteien das Vorliegen einer Gattungsschuld wollen; wie Bekker Jb. V, S. 351 sagt, ist generisch und speziell kein Unterschied der Sachen, sondern nur der Bezeichnung derselben. So ist das Vorhandensein einer Gattungsschuld unabhängig davon, ob es sich um vertretbare oder nicht vertretbare Sachen handelt; es können sowohl Fungibilien wie Nichtfungibilien generisch geschuldet werden (vgl. Planck zu § 243; Ihering Jb. IV S. 404, 405; Berndorff S. 6; Cosack I, S. 295; Endemann I, § 119; Staudinger zu 243 a, 2; Windscheid-Kipp S. 34). Für letzteres beispielsweise: ein Dresseur bestellt 10 Löwen bei Hagenbeck in Hamburg.

Immerhin aber kommt der Natur der Gattungsschuld entsprechend weitaus am häufigsten generische Bestimmung bei Fungibilien vor.

Es liegt bei der Gattungsschuld eine unbedingte Schuld vor; denn eine Leistungsverpflichtung besteht sofort mit der Begründung der Obligation;

es steht ja bereits fest, dass etwas geleistet werden muss, unentschieden ist nur noch, was zu leisten ist (vgl. Regelsberger S. 186; Hofmann S. 119; Matthiass S. 307; Windscheid-Kipp § 255). Im gemeinen Rechte wird allerdings von einigen Autoren die Gattungsschuld zu den bedingten Schuldverhältnissen gerechnet (vgl. Fick a. a. O. VIII, 84 fg. IX, S. 389 fg.; Mommsen a. a. O., S. 341, bes. a. 23 [bedingt durch die gehörige Ausscheidung des zu liefernden Objektes aus der Gattung]; Thöl S. 456). Ein Nähertreten an diese Frage liegt ausserhalb des Thema.

3. Was das Gebiet der Gattungsschuld angeht, so beschränkt sich dasselbe auf das Recht der Schuldverhältnisse und zwar auf den Teil, der von den Rechtsgeschäften handelt (vgl. gutachtliche Äusserungen II, S. 12; Haver S. 28). Sachenrechte können nur an speziellen Sachen vorkommen, da das Sachenrecht die Befugnis zur Einwirkung auf eine Sache ist und man nur auf eine bestimmte Sache einwirken kann (vgl. Bekker V, S. 351). Findet sich anderswo als im Obligationenrechte etwas von einer Gattungsschuld, wie beispielsweise im Vermächtnisrecht, so sind diese Gebiete mit Schuldverhältnissen verwebt.

Es können aber nicht nur Sachen, sondern auch Rechte und Arbeitsleistungen generisch geschuldet werden (vgl. Windscheid-Kipp § 255a 16; Fischer-Henle a.3 zu § 243; Heilfron II, S. 13 Planck; vgl. ferner l. 54, § 1. D. de verborum obligationibus 45,1; operarum stipulatio similis est

his stipulationibus, in quibus genera comprehenduntur; et ideo divisio eius stipulationis non in partes operarum, sed in numerum cedit. Anders Bekker V, S. 352, der generische Bezeichnung nur bei den auf Sachleistung gerichteten Obligationen für richtig hält; ebenso rechnet Rehbein, Bd. 2, S. 26 Handlungen, Dienstleistungen etc. nicht zu den Gegenständen der Gattungsschuld. Endemann I, § 119 anm. 2 ist zweifelhaft.

Im BGB. sprechen zwar die §§ 243 und 300 nur von der Gattung nach bestimmten Sachen, worunter gemäss § 90 BGB. die körperlichen Dinge der Aussenwelt zu verstehen sind, die der menschlichen Herrschaft unterworfen sind; in § 279 hingegen ist die Rede von einem nur der Gattung nach bestimmten „Gegenstande", wozu auch Rechte und Arbeitsleistungen gehören.

Immerhin hat BGB. im Auge nur den Fall des Schuldens einer körperlichen, nach Gattungsmerkmalen bestimmten Sache (Planck § 243). Der Grund hierfür liegt nach den Motiven, S. 12 darin, dass generische Obligationen, die eine Handlung zum Gegenstande haben, sehr selten und so eigenartigen Charakters sind, dass eine gesetzliche Regelung unangebracht ist, sie vielmehr nur nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen sind. Die nur für Sachobligationen gegebenen Bestimmungen des BGB. dürften für sie nur subsidiär per analogiam zur Anwendung gelangen

Im folgenden soll nur von der generischen Sachobligation gehandelt werden.

§ 2.

Arten der Gattungsschuld.

Gemäss der verschiedenartigen Gestaltung, die der Inhalt der Leistungspflicht durch das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft erhalten kann, unterscheiden wir drei Fälle.

1. Gegenstand der Leistungspflicht ist eine Sache mit bestimmten Merkmalen, die Anwendung finden können auf viele nicht eine Sachgesamtheit bildende Sachen. Schuldner, der hier eine besonders grosse Bewegungsfreiheit hat, kann zur Leistung jegliche irgendwo existierende Sache der bestimmten Gattung verwenden. (Bsp.: Eine Taschenuhr).

Zu leisten ist:

2. ein speziell unbestimmtes Stück aus einer speziell bestimmten Menge von körperlich selbständigen Stücken derselben Gattung, d. h. mit gleichen Merkmalen. (Bsp.: Eine Kuh dieser Herde).

3. eine speziell unbestimmte Quantität aus einem speziell bestimmten Quantum (Bsp.: 20 l Wein aus diesem Fasse).

Über die Zugehörigkeit der beiden letzten Fälle zur Gattungsschuld herrscht Streit; sie unterscheiden sich vom ersten Falle dadurch, dass bei ihnen als weiteres Merkmal noch die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Komplex aufgestellt ist, aus dem heraus Schuldner die Leistung zu bewirken hat. Bei allen drei Arten treffen die zur Bestimmung des Leistungsgegenstandes vorhandenen Merkmale auf eine Mehrzahl von Gegenständen zu, die nicht alle von der Leistungspflicht ergriffen werden.

Zur Übersicht seien die Ansichten einiger Schriftsteller über genannte Streitfrage hier angeführt.

Einige halten Alternativobligation für vorliegend, so Savigny Obligr. I. § 38 q, t., u. § 39b, der im Falle 2) Alernativobligation annimmt, ohne nähere Begründung. Unger I, S. 404 f. teilt Savignys Ansicht; ebenso Hasenöhrl I, S. 198 fg; dieser meint, die Merkmale müssen so angegeben sein, dass jede Beschränkung der Auswahl auf eine gewisse Anzahl von Individuen wegfällt.

Anders nimmt Dernburg, Pand. II, § 25 bes. anm. 9. und Pr. Privatrecht II, § 28 in den Fällen 2 u. 3 besondere Arten von Speziesobligationen an („die Masse ist keine Gattung; der Begriff der Gattung beruht auf der inneren Beschaffenheit und nicht auf zufälligen gemeinschaftlichen Beziehungen der Objekte").

Goldschmidt I, 2 S. 537 schliesst sich für Fall 3 Dernburg an, bezüglich des Falles 2 äussert er sich: „Der Kreis, aus dem die Wahl stattfinden soll, wird nur durch das Belieben der Beteiligten begrenzt. Denkbar ist eine reine Gattungsschuld überall, wo mehrere Individuen von annähernd gleicher Beschaffenheit vorkommen."

Brinz II, § 241, Anm. 6 erklärt, man kann dann in Wahrheit nicht mehr schlechthin von genereller Bestimmung reden.

Mommsen a. a. O. I, S. 340/41 nimmt in beiden Fällen Gattungschuld an, er hält zwar Savignys Ansicht für durch innere Gründe gerechtfertigt, aber für im Widerspruch mit den Quellen stehend.

Mommsen folgen Bekker V, S. 357; Thöl § 73 bes. Anm. 9; Windscheid § 255, Anm. 17; Eck in Weiskes Rechtslexikon II, S. 7 (der Gattungskauf); Regelsberger 49, S. 185 und besonders Jhering IV, S. 366 fg u. 405/407 („es kommt nur darauf an, dass das genus mehrere Individuen umfasse.")

Untersucht man die Quellen, so findet man, dass die Römer auf Fall 3 die Regeln der Genusobligation hinsichtlich der Tragung der Gefahr anwandten; cf. l. 35, § 7. D. de contrahenda emptione 18,1: sed etsi ex doleario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est (quod et constare videtur), antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere.

l. 5 D. de periculo et commodo 18, 6, si verbi gratia amphorae centum ex illo vino, quod in cella est, venierint, si admensum („non" ins.) est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat.

c. 2 pr. C. de periculo et commodo 4, 48: cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit.

Als Alternativobligation lässt sich hiernach der dritte Fall nicht auffassen, wie Hasenöhrl a. a. O. S. 198 fg dies tut; denn bei Alternativobligation steht das letzte Stück auf Gefahr des Gläubigers; — vgl. l. 34, § 6 D. de C. E. 18, 1 — es müsste also bei Untergang des ganzen Vorrats, antequam admetiatur, antequam tradantur, der Gläubiger die Gefahr tragen;

mit dem ganzen Vorrat ist ja auch jedes aus ihm herzustellende Stück, auch das letzte, untergegangen.

Fall 3 lässt sich auch nicht, wie Dernburg dies tut, als ein eigentümlicher Fall einer Speziesschuld ansehen, sondern den Quellen gemäss eben nur als Gattungsschuld.

Bezüglich des zweiten Falles sind zwei Quellenstellen vorhanden, die eine zweifellose Entscheidung vermissen lassen: l. 72, § 4 D. de solut. 46, 3 und l. 66, § 3 D. de leg. II (von Papinian.)

Erstere (von Marcellus) sagt: Sed ei, qui hominem dari stipulatus est, unum etiam ex his, qui tunc stipulatoris servi erant, dando promissor liberatur; vi quidem ipsa et hic ex his dari stipulatus est, qui eius non erant fingamus ita stipulatum: „hominem ex his, quos Sempronius reliquit, dare spondes? cum tres Sempronius reliquisset, eorumque aliquem stipulatoris fuisse: num mortuis duobus, qui alterius erant, supererit ulla obligatio, videamus et magis est deficere stipulationem, nisi ante mortem duorum desierit esse reliquus servus stipulatoris. Hier wendet Marcellus die bei der reinen Gattungsschuld (1) geltende Bestimmung, dass auch ein Stück geleistet werden könne, welches dem Gläubiger gehörte, vor der Erfüllung aber aus dessen Eigentum heraustrat, auf das Versprechen eines Stückes aus einer Menge an: er sieht also Fall 2 als Gattungsschuld an.

Dagegen entscheidet Papinian l. c.: non idem respondetur, cum duobus testamentis generatim homo legatur: nam qui solvente altero legataris factus est, quamvis postea sit alienatus, ab altero herede idem

solvi non poterit. Er schliesst hiermit auch bei einem reinem Gattungsschuldverhältnis die Leistung eines Sklaven, der früher dem Gläubiger gehörte, aus; er behandelt demnach die Gattungsschuld und deshalb auch sicherlich Fall 2 als Alternativobligation

Die beiden Quellenentscheidungen heben sich also gegenseitig auf.

BGB. hat sich über die Voraussetzungen, unter denen eine Gattungsschuld vorliegt, nicht ausgesprochen; die Motive geben in dieser Sache die Erklärung ab (S. 11), dass der in der Theorie bestehende Streit über die juristische Klassifizierung dieser sogenannten „gemischt oder beschränkt generischen Obligationen" keine Veranlassung geben könne, hinsichtlich derselben eine besondere Bestimmung zu treffen, da diese Fälle nicht für sich zu klassifizieren seien, sondern entweder als Alternativ- oder Genusobligationen behandelt werden müssten. Denn dies hängt nicht vom Wortgebrauch, (durch das „nur" in den §§ 243 und 279 wird die gemischt generische Obligation nicht ausgeschlossen; vgl. Schollmeyer z. 243; dagegen Oertmann z. 243) sondern von der Parteiabsicht ab; Ist den Beteiligten das einzelne Individuum in der Menge das Massgebende, so ist Wahlschuld für vorliegend zu erachten, dagegen Gattungsschuld, wenn durch Bestimmnng des Vorrates nur die besondere Gattung näher bezeichnet werden sollte (Matthiass I, S. 307).

Diesen Erwägungen hat sich die Literatur in der Mehrzahl angeschlossen. Es ist durch nichts gerechtfertigt, mit Ihering (IV S. 406) eine obligatio

generis anzunehmen, wenn der Erblasser eines von seinen drei Pferden legiert, und eine Alternativobligation, wenn er das Pferd A, B oder C. legiert.

Dieselbe Ansicht, wie die von uns angenommene, vertreten u. a. Planck n. 2 zu § 243, der es als Regel ansieht, dass nur eine speziellere Bezeichnung der Gattung gemeint ist, Schollmeyer N. 2 z. 243 Enneccerus Lehmann I. S. 348; Bunsen S. 142; Berndorf S. 18. Örtmann dagegen folgt Dernburg.

Die Beschränkung auf eine bestimmte Sache.

§ 3.

a) Allgemeines.

Der Endzweck jeder Obligation ist ihre Erfüllung; eine Erfüllung einer Obligation, bei der der zu leistende Gegenstand ein unbestimmter ist, kann nicht stattfinden; so auch bei der Genusschuld, denn die Leistung eines genus ist unmöglich; es muss also der Leistungsgegenstand, und zwar spätestens bei der Erfüllung bestimmt werden, d. h. es muss eine nachträgliche individuelle Bestimmung des im Momente der Begründung noch unbestimmten (wenigstens „der Idee nach" Haver S. 9) Gattungsschuldverhältnisses eintreten.

Die Sachlage bei der Gattungsschuld ist die, dass geschuldet wird die Leistung eines aus dem bezeichneten genus auszuwählenden Stückes (vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 540 anm. 29 Motive II S. 11).

Nach § 243 BGB. wird eine Sache geschuldet; es ist somit Ihering nicht beigetreten worden, der bei der Gattungsschuld das genus als solches für in obligatione befindlich hielt (vgl. Schollmeyer zu § 243; Ihering S. 384).

Bekker S. 352 meint: „geschuldet wird nicht eine Sache, sondern die Leistung einer Sache. Das Eigentümliche der generischen Obligation besteht darin, dass, während schon gewiss ist, dass die Leistung einer spezies geschuldet wird, noch nicht gewiss ist, welche Speziesleistung die geschuldete ist."

Den Vorgang, durch den einer der die Gattung bildenden Gegenstände von der Gattung abgesondert wird, um als Gegenstand der Leistung zu dienen, bezeichnet man als „Individualisierungsakt". Die Motive sprechen hierbei von „Wahl" (Endemann sagt „Ausscheidung"), wie auch § 213 des I. Entwurfes von „auswählen" spricht. Diese Bezeichnung kann zu Missverständnissen führen (Gutachtl. Äusserungen II, z. § 213 S. 12); deshalb wurde das Wort „auswählen" schon in die 2. Lesung nicht mehr aufgenommen Doch da es an einem andern jeder Beziehung genügenden Worte fehlt, das Wort „wählen" hingegen von den meisten Schriftstellern angewandt wird, (Windscheid, Dernburg, Eck u. a.) soll es auch im Folgenden gebraucht werden.

§ 4.

b) Das Recht zur Wahlausübung.

Das Bürgerl. Gesetz-Buch trifft über ein Wahlrecht des Schuldners, Gläubigers oder eines Dritten

keine Bestimmungen. Anders der I. Entwurf in § 213, wo statuiert war, dass Schuldner auszuwählen habe. Über ein eventuelles Wahlrecht des Gläubigers äussern sich die Motive (S. 11), dass dasselbe zu anomaler Art sei, um einer gesetzlichen Regelung zu bedürfen, die Entscheidung dieser eigentümlichen Frage, ob ohne Veränderung des Charakters der Gattungsschuld ein Gläubigerwahlrecht möglich sei, sei Wissenschaft und Praxis zu überlassen.

In der Literatur finden wir verschiedene Ansichten vertreten.

Laband (a. a O. S. 175) meint, dass auch dem Gläubiger die Befugnis zur Auswahl des zu leistenden Stückes eingeräumt werden könne. Ebenso nimmt Örtmann (§ 243) bei Erwähnung des Bestimmungsrechtes des Schuldners an, dass einer gegenteiligen Vereinbarung schwerlich etwas im Wege stehe; zum Beweise hierfür beruft er sich auf § 2155,2 BGB. So auch Windscheid S. 35, Matthiass I, S 307 u. a. Schollmeyer (zu § 243) geht sogar noch weiter, indem er jedem Dritten ein Wahlrecht zugesteht, ebenso Planck (zu 243). § 2155 gibt scheinbar die Möglichkeit eines Wahlrechtes des Gläubigers oder eines Dritten bei Gattungsschuldverhältnissen zu. Allein der Umstand, dass hier für den Fall eines solchen Wahlrechtes die Bestimmungen des Wahlvermächtnisses Anwendung finden (§ 2154) beweist, dass es sich nur um ein besonders geartetes Speziesschuldverhältnis handelt.

Bei einem Wahlrecht des Gläubigers ist der Gegenstand der Leistung nicht blos nach Merkmalen

bestimmt, die auch noch auf andere, nicht von der Willensbestimmung (Bechmann II. 1 S. 322) umfassten Objekte zutreffen, sondern individuell durch das ihn allein treffende Merkmal der auf ihn fallenden Wahl, (Regelsberger S. 186).

Ihering (S. 410) wendet hiergegen ein, dass ja dann auch der Gegenstand, den der Schuldner auswähle, nicht nach Gattungsmerkmalen, sondern speziell bestimmt wäre als der in seiner Art doch einzig dastehende Gegenstand, auf den die Wahl des Schuldners gefallen wäre; es liegt dann also auch obligatio speciei futurae vor.

Geleistet kann allerdings nur werden, wenn das Objekt vom Schuldner ausgewählt ist; aber das Schuldverhältnis geht, wenn Schuldner das Bestimmungsrecht hat, nicht auf „Auswählen" sondern auf „Leisten"; § 243, 1 BGB. „hat zu leisten." Vgl. Stintzing (a. a. O. S. 184) „Schuldner hat nicht zu wählen, was er schuldig sein, sondern was er leisten will." Die Wahl ist nur Vorbereitung der Leistung.

c) Fesstellung der einzelnen Möglichkeiten der Beschränkung auf eine bestimmte Sache.

§ 5.

Eintreten der Beschränkung durch Ausübung des Wahlrechts?

Zur Beantwortung der Frage, ob durch diese Wahlausübung das Schuldverhältnis auf die gewählte Sache beschränkt wird, ist zu erörtern, ob Schuldner an die von ihm vollzogene Wahl gebunden ist.

Dies ist ganz und gar nicht der Fall, denn Schuldner ist sogar verpflichtet, eine andere Sache zu bestimmen, falls die erstbestimmte Sache unterging oder schlechter als mittlere Art und Güte wurde; denn seine Verpflichtung geht, wie oben erwähnt, auf Leistung einer Sache mittlerer Art und Güte, und die Bestimmung ist nur eine Voraussetzung zur Leistung (vgl. Schollmeyer zu § 243). Ebenso sagt Stintzing, S. 185: es sei entschieden zu leugnen, dass die Wahl bindend sei; Käufer könne auf die Anzeige von der getroffenen Wahl erwidern, die Ausscheidung sei ihm ganz gleichgiltig, denn er habe nicht diese species gekauft, sein Recht gehe auf Lieferung, nicht auf Ausscheidung von Waren bestimmter Art und Güte

Es tritt durch die Ausübung der Wahl keine Beschränkung auf die gewählte Sache ein, denn die Beschränkung muss erfolgen durch eine Rechtshandlung, die verbindlich ist.

§ 6.

Durch Vereinbarung der Parteien.

Einige Schriftsteller, z. B. Matthiass (S. 307), Schollmeyer (5 z. 243), Bekker (a. a. O. S. 382) lassen eine Beschränkung des generischen Schuldverhältnisses auf eine bestimmte Sache dadurch eintreten, dass die Parteien, ohne damit die Leistung zu verbinden, sich nachträglich darüber einigen, dass eine bestimmte Sache der Gattung geleistet werden solle. Die einseitige Erklärung des Schuldners an

den Gläubiger, und umgekehrt des Gläubigers an den Schuldner, eine bestimmte Sache leisten oder annehmen zu wollen, wird nach Lage der Umstände eine Offerte sein, die Genusobligation in eine Speziesschuld umzuwandeln, sodass mit der Annahme die Beschränkung auf eine bestimmte Sache eingetreten ist.

Möglich ist auch eine stillschweigende Antragsannahme, wenn eine ausdrückliche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. (§ 151 BGB.)

In Rom dürften (Bekker a. a. O.) zur Spezialisierung, wo keine Novation stattfand, ein constitutum oder der Abschluss eines neuen Kaufes (Jhering a. a. O. S. 396) erforderlich gewesen sein.

Heute ist zu dieser Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses nach § 305 ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich.

Auch in den gutachtl. Äusserungen (S. 14) finden wir den Satz, dass die Beschränkung vor der Übergabe durch Parteivereinbarung zu Stande kommen könne.

Im Grunde genommen spricht man aber von der Beschränkung eines generischen Schuldverhältnisses auf eine bestimmte Sache nur bei solchen Fällen, die sich aus der Natur des Gattungsschuldverhältnisses ergeben und die der generischen Obligation eigentümlich sind.

cf. Stintzing X, S. 179. „Das Recht zu dieser Individualisierung beruht nicht auf dem Genuskaufe, sondern auf dem Nebenvertrage, der ihn modifiziert.“

Dass an Stelle des generisch bestimmten ein individuell bestimmtes Objekt durch Nebenverträge, durch nachfolgende Abreden gesetzt werden kann, versteht sich von selbst; nach § 305 BGB. kann ja der Inhalt eines jeden Schuldverhältnisses durch Vertrag zwischen den Beteiligten geändert werden.

Daher ist dieser Fall richtiger wegzulassen. Vgl. hierzu auch Haver, S. 37; Oster, S. 9.

§ 7.

Durch Untergang der ganzen Gattung bis auf einen Gegenstand.

Eine weitere Frage ist die, ob Beschränkung eintreten könne dadurch, dass die ganze Gattung bis auf einen Gegenstand untergeht. Vorauszuschicken ist, dass zwar bei der reinen Gattungsschuld ein solcher Fall äusserst selten eintreten dürfte, dass derselbe aber bei der gemischt generischen Obligation eher innerhalb der Grenzen der Möglichkeit liegt.

Bechmann (S. 324 ff) ist der Meinung, dass die Individualisierung nicht eine Folge menschlicher Tätigkeit zu sein braucht, sondern eintreten kann „durch Untergang des Ganzen bis auf das auszuscheidende Quantum." Auch Brinz (II, S. 113) nimmt an, dass hier die Beschränkung eintritt.

Wir folgen der Ansicht von Matthiass (I, S. 308) und Windscheid (S. 36), die annehmen, dass die Schuld bei Untergang aller Gegenstände bis auf die

zur Leistung nötigen Gattungsschuld bleibt und demnach keine Beschränkung eintritt, da ja eine Neuentstehung von Sachen der geschuldeten Art im Bereiche der Möglichkeit liegt. Schuldner hat, um eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine bestimmte Sache herbeizuführen, gemäss § 243 BGB. das zur Leistung seinerseits Erforderliche zu tun.

Eintreten der Beschränkung dadurch, dass Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat.

§ 8.

Allgemeines.

Die Beschränkung muss, da ohne dieselbe eine Erfüllung einer Gattungsschuld nicht denkbar ist, spätestens mit der Leistung eintreten. Diese Beschränkung ist die natürlichste, da mit der Leistung die Obligation ihr Ziel erreicht hat. Von einigen Schriftstellern wird behauptet, dass mit der Leistung die Schuld untergeht und infolgedessen von einer Beschränkung keine Rede sein könne. So Planck § 243, der die Umänderung des § 214 E damit motiviert, dass das Schuldverhältnis durch die Leistung erlösche; ebenso Matthiass I, S. 307, vgl. Protokolle II, S. 286.

Man konnte dies aus § 362 schliessen; es ist jedoch bei der Gattungsschuld die geschuldete Leistung nach § 243 eine Sache von mittlerer Art

und Güte; ist eine solche zwar vertragsmässige Sache mangelhaft, so erlischt das Schuldverhältnis nicht, sondern es kommt noch die Haftpflicht wegen Mängel in Betracht, aus dem Schuldverhältnis entstehen also noch Ansprüche und Verpflichtungen. Nach § 480 BGB. — kann Gläubiger dann Lieferung einer mangelfreien Sache, Wandelung oder Minderung verlangen; eventuell kann Gläubiger noch nach § 480, 2 Schadensersatz beanspruchen, wenn der Sache zur Zeit des Gefährüberganges auf den Käufer eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat. — Es tritt also mit der Leistung Beschränkung ein; man gebraucht dafür auch die Ausdrücke Konzentration (Windscheid), Spezialisierung (vom Reichsgericht bevorzugt) Konkretisierung u. a.

Die Frage, in welchem Zeitpunkte die Konzentration sich vollziehe, hat der Entwurf im Interesse der Rechtssicherheit wegen ihrer grossen Wichtigkeit und der bestehenden Kontroverse positiv im Sinne der sogenannten Erfüllungstheorie (s. u.) entschieden.

Im Gemeinen Rechte war es streitig, unter welchen Voraussetzungen die Konzentration eintrat. Man stellte verschiedene Theorien auf; da diese Streitfrage im Anschluss an den Gattungskauf erörtert wurde, so soll auch hier Geschichte und Theorie dieser Frage dort näher betrachtet werden.

In der Hauptsache sind es zwei Theorien, die besondere Geltung erlangten: Thöls Aus-

scheidungstheorie, der die Konkretisierung auf eine bestimmte species durch die einseitige Ausscheidung einer geeigneten Sache aus der Gattung und die Anzeige der vollzogenen Ausscheidung an den Gläubiger für eingetreten hält, und Iherings Lieferungs- oder Erfüllungstheorie, der dieselbe mit der wirklich beschafften oder durch des Käufers mora verhinderten Lieferung erfolgen lässt.

Des Letzteren Theorie hat BGB. allgemein für alle Gattungsschuldverhältnisse, wenn auch mit Abweichungen, zum Gesetz erhoben; die Lieferungstheorie hat im BGB. eine andere Fassung, als im Entwurf vorgesehen war (vgl. Planck N. 4, 2 zu § 243; ihm folgend Berndorff S. 36, cf. Laband a. a. O. S. 175 ff.

Nach § 214 des I. Entwurfes trat die Beschränkung auf eine bestimmte Sache ein, wenn die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen war. Dies sollte ausser bei Leistung (§ 214 E I) durch Übergabe der gewählten Sache geschehen:

a) wenn der Gläubiger durch Nichtannahme der ausgewählten und angebotenen Sache in Annahmeverzug gerät (§ 257, 2 E. I. BGB. § 300, 2).

b) wenn der Verkäufer unter gewissen Voraussetzungen die verkaufte Sache dem Spediteur, Frachtführer oder einer sonst zur Ausführung eines Transportes bestimmten Person ausgeliefert hat (§ 465 E. I; BGB. § 447).

Das BGB. hat diese Vorschriften des Entwurfes dahin verallgemeinert, dass, wenn der Schuldner das zur Leistung einer Sache von mittlerer Art und

Güte seinerseits Erforderliche getan hat, sich das Schuldverhältnis auf diese Sache beschränkt, § 243, 2 BGB.

Das zur Leistung der Sache Erforderliche hat er getan

a) mit der Leistung,

b) mit der Absendung nach § 447 und

c) damit, dass er dem Gläubiger die Sache so anbietet, dass dieser durch Nichtannahme der angegebenen Leistung in Annahmeverzug kommt.

Im Folgenden sind zunächst die Erfordernisse für den Eintritt der Beschränkung näher zu erörtern.

§ 9.

Erfordernisse zum Eintreten der Beschränkung.

Unter dem zur Leistung der Sache Erforderlichen ist vorerst das gemeint, was dem Schuldner zunächst zu tun obliegt, damit Gläubiger die Leistung erhält. Wenn Schuldner das Erforderliche getan hat, bestimmt sich nach dem betreffenden Schuldverhältnis, d. h. nach den dafür bestehenden rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vorschriften: beispielsweise ist für den Kauf nach § 433 erforderlich Übergabe und Verschaffung des Eigentums (cf. Schollmeyer n. 5 b β zu § 243).

Nach § 243 muss der heutigen Verkehrsauffassung entsprechend mangels anderer Verabredung geleistet werden eine Sache mittlerer Art und Güte der verabredeten Gattung. Diese Vorschrift wurde nach dem Vorbilde des alten Handelsgesetzbuches (vgl. Art. 335 alt. HGB.) ins BGB. aufgenommen.

In das Handelsgesetzbuch von 1897 ist trotzdem die besondere Bestimmung aufgenommen, dass, wer eine nur der Gattung nach bestimmte Ware schuldet, Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten hat (§ 360); diese besondere gesetzliche Festlegung ist deshalb geschehen, weil die Ansprüche, die diesbezüglich gerade im Handelsverkehr an die Ware zu stellen sind, näher gekennzeichnet werden sollten (vrgl. Gareis S. 492. Denkschrift S. 3237; vgl. R. G. Bd. 3, S. 101.

Im römischen Recht konnte der Schuldner einer Gattungsschuld auch die geringste Sorte leisten, falls sie nur mangelfrei war (vgl. l. 72 § 5 D de solut. 46,3 und l. 52 D mandati 17,1). Andererseits verpflichtet der Schwabenspiegel (306) den Verkäufer, vom Besten zu leisten. — Dieselbe Vorschrift wie das a. HGB, hatten auch ALR. I. 5 § 275; code civil 1246. Sächs. BGB. § 696.

Hieran knüpft sich die Frage, ob das „mittlere" nur eine Beschränkung nach unten hin ausdrückt, ob also Gläubiger verpflichtet ist, eine Sache anzunehmen, die besser als mittlere Art und Güte ist; code civil berechtigt den Schuldner zur Lieferung einer besseren Sache (1246 „nicht verpflichtet beste Qualität zu liefern").

Dernburg, Bürg. Recht II, S. 29 meint, BGB. vertrete diese Ansicht nicht, sondern wolle auch eine Beschränkung nach der an Qualität besseren Seite hin ausdrücken, während Schollmeyer meint, dass eine Sache von wenigstens mittlerer Qualität geleistet werden müsse. Auch Planck (zu 243) gestattet

dem Schuldner, Bessers als Mittelsorte zu liefern; Cosack (S. 295) folgt Dernburg.

Die bejahende oder verneinende Beantwortung der Frage, ob Schuldner Besseres liefern könne, hängt wohl davon ab, ob die Nichtannahme der Sache seitens des Gläubigers sich gemäss § 226 BGB. als Rechtsausübung zur Chicane charakterisieren würde oder nicht, weil vielleicht dem Gläubiger gerade nur mit Mittelsorte gedient ist; zu beachten ist hierfür auch § 157 und § 242 BGB., wonach die Leistung so zu bewirken ist, wie Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte es erfordern (vgl. auch Oster S. 15).

Die Konzentration ist erst eingetreten, wenn das dem Schuldner Obliegende vollständig durchgeführt ist; blosse Teilleistungen bewirken auch nicht für den schon geleisteten Teil eine Konzentration.

Das Schuldverhältnis kann nun gerichtet sein auf Schicken, Bringen oder Holen. Gemäss § 269,1 BGB. ist die Schuld im Zweifel eine Holschuld, abgesehen von Geldschulden im eigentlichen Sinne, die nach § 270,1 BGB. im Zweifel Bringschulden sind. — Übrigens kommt es für die Frage, ob eine Hol- oder Bringschuld vorliegt, weniger auf die tatsächlichen Worte als auf das wirklich Gewollte und auf die Verkehrssitte an.

Hat der Gläubiger eine zu leistende Sache beim Schuldner zu holen, so tritt Konzentration ein, wenn Gläubiger sich beim Schuldner behufs Empfanges der von diesem bestimmten Sache mittlerer Art und Güte einfand und Schuldner ihm eine solche Sache

leistet. Es tritt also hier die Beschränkung im Augenblick der Übergabe ein. Besonders hervorzuheben ist hier der Fall, dass nach Entstehung des Schuldverhältnisses sich der Wohnsitz des Schuldners geändert hatte; es bleibt dann nach § 269 BGB. der bisherige Wohnsitz der Erfüllungsort, wenn nicht § 242 und 226 eine Ausnahme machen; hatte Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses mehrere Wohnsitze, so hat er die Wahl unter diesen (vgl. Fischer-Henle zu § 269).

Befindet sich der Erfüllungsort am Wohn- oder Geschäftssitz des Gläubigers, so hat Schuldner seiner Pflicht genügt, wenn er die bestimmte Sache dem Gläubiger am Erfüllungsorte zwecks Leistung offeriert hat. Persönliches Mitwirken ist nicht ausnahmslos erforderlich; es genügt zum Eintritt der Konzentration, wenn die Leistung der zur Empfangnahme berechtigten Person übergeben oder an einen dazu bestimmten Ort gebracht worden ist.

Für die Frage, zu welcher Zeit geleistet werden muss, tritt § 271 BGB. in Kraft, wonach, wenn die Leistungszeit nicht bestimmt oder aus den Umständen zu entnehmen ist, Gläubiger die Leistung sofort verlangen, Schuldner sie sofort bewirken kann. Ist dagegen eine Zeit bestimmt, so kann im Zweifel Gläubiger sie nicht vor dieser verlangen, Schuldner kann aber vorher leisten. Bei Handelsgeschäften kann die Leistung nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit bewirkt und gefordert werden (vgl. § 358 HGB. Über bes. Handelsbräuche s. § 359 HGB).

§ 10.

Wirkungen der Konzentration.

„Das Schuldverhältnis beschränkt sich auf eine bestimmte Sache" und bedeutet: von nun an ist nur die bestimmte Sache Gegenstand des Schuldverhältnisses; von diesem Moment an sind also dieselben Grundsätze anzuwenden, die für ein von Anfang an auf die Leistung einer species gerichtetes Schuldverhältnis gelten.

Zum Unterschiede von der Alternativobligation, bei der die bestimmte Sache die von Anfang an allein geschuldete ist, hat die Konzentration der Gattungsschuld keine rückwirkende Kraft (vgl. Motive II, S. 11; Planck und Örtmann zu § 243).

Es genügt also mittlere Qualität der spezialisierten Sache zur Zeit der Konzentration, um eine Haftung des Schuldners für Verschlechterungen der Sache seit dem Vertragsschluss auszuschliessen.

Mit der Konzentration geht die Gefahr auf den Gläubiger über. Das eine ist ohne das andere nicht denkbar; die Protokolle (II, S. 287/88) sagen, Konzentration und Gefahrübergang seien notwendige Korrelate, da von einem Gefahrübergang begrifflich erst mit dem Augenblick der Verwandlung der Genusobligation in die Speziesobligation die Rede sein könne.

Der Gefahrübergang bewirkt, dass § 279 BGB. keine Anwendung findet, wonach beim Gattungsschuldverhältnis der Schuldner, solange die objektive Möglichkeit der Leistung vorhanden ist, sein Unver-

mögen zur Leistung auch dann zu vertreten hat, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt: Schuldner bleibt solange verhaftet, als eine Leistung aus der Gattung noch möglich ist, und es gilt hier der allerdings nicht quellenmässige Satz: genus perire non censetur. — Beispielsweise liegt keine Unmöglichkeit vor, wenn Effekten dem Verkehr vom Aussteller entzogen sind (vgl. Fischer-Henle n. 2 zu § 279.)

Nach dem Gefahrübergang aber ist Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit, wenn durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand die Sache vernichtet oder verschlechtert wird; bei gegenseitigen Verträgen behält er den Anspruch auf die Gegenleistung.

Über die Frage des Bestehens eines jus veriandi vgl. u. § 12.

§ 11.

Konzentration der Gattungsschuld gemäss § 447,1 BGB.

Ausser der durch Leistung erfolgenden Konzentration gibt es noch einige Fälle, in denen kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift ein Gefahrübergang schon vor der Leistung eintritt.

Dies geschieht, wie die Motive (S. 12) hervorheben aus „Gründen der Billigkeit und Konsequenz".

Eine derartige Bestimmung findet sich zunächst in § 447, der, da in ihm vom Kauf im Allgemeinen die Rede ist, auch für den Gattungskauf gilt.

Der Regel nach trägt Verkäufer die Gefahr bis zur Übergabe; dies ist natürlich auch dann der Fall, wenn er die Sache an den Erfüllungsort versendet. In § 447 ist aber die Rede davon, dass die Sache vom Schuldner an einen andern Ort als den Erfüllungsort auf Verlangen des Gläubigers gesandt werden soll. Hier geht die Gefahr auf den Gläubiger mit der vollendeten Absendung über, dass heisst, sobald der Schuldner eine Sache mittlerer Art und Güte dem Spediteur, Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat (vgl. Planck n. 4,2 zu § 447; Dernburg, Bürg. Recht II, 1, S. 29/30.

Diese der Billigkeit entsprechende Bestimmung betrifft nach § 447 nur den Kauf; sie ist aber keine dem Kauf eigentümliche, kann daher auch bei andern Schuldverhältnissen entsprechend angewendet werden.

Da die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, tritt auch die Konkretisierung ein; der Grund für das Eintreten derselben liegt darin, dass Schuldner mit der Absendung das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat: vgl. Haver, S. 63; Goldschmidt Handb. § 66 n. 43.

Alles Nähere s. u. sub. Gattungskauf.

§ 12.

Eintreten der Beschränkung infolge Annahmeverzuges des Gläubigers.

Eine weitere Vorschrift betreffend den Gefahrübergang vor der Leistung findet sich in § 300 BGB.;

derselbe findet, da im Allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse stehend, auf alle Schuldverhältnisse Anwendung.

Hier geht die Gefahr dann über, wenn Schuldner dem Gläubiger die Sache so angeboten hat, dass dieser dadurch, dass er sie nicht annimmt, in Verzug kommt. Denn damit hat Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan. Die Art und Weise des Angebotes richtet sich nach der Natur des Schuldverhältnisses.

Dem Gläubiger steht zwar gesetzlich keine Frist zur Seite, innerhalb deren er die Annahme bewirken kann, aber diejenige Zeit, die er der Natur der Sache nach zur Annahme braucht, ist ihm zu lassen.

§ 300 ist eine Folge des in § 243, 2 ausgesprochenen Grundsatzes (cf. Planck n. 3 zu § 300 Windscheid, S. 37).

Keine Konzentration tritt ein durch die Nichtannahme einer auf Verlangen des Gläubigers nach einem andern als dem Erfüllungsorte abgesandten Sache mittlerer Art und Güte; denn hier ist die Beschränkung bereits mit der Absendung eingetreten (Berndorff, S. 38).

Zur Herbeiführung des Verzuges ist also erforderlich:

1. dass die Sache dem Gläubiger angeboten wird,
2. dass dieser die Sache nicht annimmt.

Voraussetzung des zu einem Annahmeverzuge führenden Angebotes ist hierfür nun: erstens tatsächliche Leistungsbereitschaft des Schuldners, „die zu einem wirklichen Anbieten immer und ausnahms-

los erforderlich ist", Motive II. S. 69, und zweitens der Regel nach auch Tatsächlichkeit des Angebotes, nur ausnahmsweise genügt lediglich wörtliches Angebot, (vgl. für dieses R.-Ger. Entsch. v. 4 Febr. 1902; Jur. Wochenschr. 1902, S. 197) und zwar deswegen, weil es, wie Dernburg (Bürg. Recht II, S. 165) sagt, eine unpraktische Vergeudung von Zeit und Kraft wäre, auch dann den Versuch tatsächlicher Erfüllung zu fordern, wenn er offenbar vergeblich wäre; ebenso Berndorff, S. 38; Cosack I, S. 348; Endemann § 139, 2; Oertmann u. Schollmeyer zu § 300; Windscheid, S. 37; Planck zu § 300 allerdings ist im Zweifel, ob nicht unter dem Angebot des § 300 lediglich ein tatsächliches gemeint sei, gibt aber die Möglichkeit der Anwendung des § 295 auf § 300, 2 zu.

Hiernach genügt das wörtliche Angebot, wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, 1. dass er die Leistung nicht annehmen werde, oder 2. wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist (wie beim Spezifikationskauf), insbesondere, wenn Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat; dem Angebot steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.

Nach § 130 BGB. wird das wörtliche Angebot des Schuldners wirksam, wenn es dem Gläubiger zugeht, d. h. es ist nicht erforderlich Tatsächlichkeit, sondern es genügt die Möglichkeit der Kenntnisnahme; Fischer-Henle zu 130; Staudinger § 295.

Wie sich schon aus dem Wortlaut der §§ 295 und 300 ergibt, ist für jedes Angebot vorherige Individualisierung erforderlich.

Es ist nun nicht ausgeschlossen, dass Gläubiger sogar ohne jegliches Angebot seitens des Schuldners in Verzug kommt; durch § 296 BGB. wird das Angebot dadurch erübrigt, dass für die erforderliche Handlung des Gläubigers eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, ohne dass Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt; gleichgestellt ist der Fall, dass der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat, und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen lässt. Der nach dem Kalender bestimmten Zeit muss der Fall gleichgestellt werden, dass als Lieferungstag ein Tag bestimmt ist, der durch ein Ereignis gekennzeichnet ist, welches wie dem andern Teile bekannt ist, konstant auf einen bestimmten Kalendertag fällt (Lieferung an meinem Geburtstage) vgl. Zeitschrift für d. ges. Handelsrecht 1903, S. 282.

Hiernach ergibt sich folgende Sachlage:

Bei Holschulden hat sich der Gläubiger zum Empfange der geschuldeten Sache beim Schuldner einzufinden, da die Leistung beim Schuldner vor sich gehen soll. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, die Leistung nicht annehmen zu wollen, oder holt der Gläubiger die geschuldete Sache beim Schuldner nicht ab, so kann dieser

a) die Bestimmung bezw. Ausscheidung der zu leistenden Sache vornehmen und

b) diese Sache dem Gläubiger wörtlich (durch Worte oder Schrift) anbieten, beziehungsweise ihn zur Abholung dieser Sache auffordern. § 295 BGB. Holt Gläubiger die Sache dann nicht ab, so gerät er in Verzug und die Konzentration tritt ein.

Hat der Gläubiger die geschuldete Sache zu einer nach dem Kalender bestimmten Zeit oder zu einer von einer Kündigung ab nach dem Kalender berechenbaren Zeit beim Schuldner abzuholen, so gerät er, falls er nicht an dem bestimmten Tage abholt, ohne Angebot in Verzug. Aber mit diesem Verzuge tritt keine Konzentration ein, denn zur Herbeiführung des mit dieser identischen Gefahrüberganges ist nach § 300, 2 erforderlich, dass dem Gläubiger die geschuldete Sache, d. h eine ausgeschiedene Sache mittlerer Art und Güte vergeblich wörtlich angeboten wird; Planck und Schollmeyer zu § 300, Windscheid S 37. Anders Oster S. 28; Skolny u. Caro S. 344.

Blosses wörtliches Angebot, leisten, d. h. ausscheiden und übergeben zu wollen, ist zur Herbeiführung der Konzentration nicht genügend: denn nach § 300, 2 muss Gläubiger dadurch in Verzug kommen, dass er die angebotene Sache nicht annimmt; der Schuldner muss daher eine einzelne, ausgeschiedene Sache angeboten haben. Dies stimmt auch mit der Vorschrift des § 243, 2 überein. Hiernach beschränkt sich, wenn Schuldner das zur Leistung einer Sache mittlerer Art und Güte Erforderliche getan hat, das Schuldverhältnis auf diese Sache. Der Schuldner muss Alles getan haben, was an ihm liegt, damit

Gläubiger die Leistung erhalte, also Alles, was er ohne Mitwirkung des Gläubigers tun kann; zur Ausscheidung bezw. zur Bestimmung eines Stückes zur Leistung ist aber die Mitwirkung des Gläubigers nicht erforderlich.

Aber das blosse, wörtliche Angebot leisten zu wollen, genügt nicht einmal zur Herbeiführung des Verzuges, wo Verzug von vergeblichem Angebot abhängig ist (vgl. Cosack I, § 106 II 2 a und Schollmeyer N. 2 zu § 300; anders Planck zu § 300; Fischer-Henle 300,5).

Nach § 294 muss dem Gläubiger die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden. Unter den Voraussetzungen des § 295 kann das Angebot der Leistung anstatt tatsächlich nur wörtlich erfolgen, natürlich nur die Leistung, „so, wie sie zu bewirken ist". Dieses Angebot der Leistung, „so, wie sie zu bewirken ist", kann auch wörtlich nur dann erfolgen, wenn die zu leistende Gattungssache ausgeschieden ist, und diese ausgeschiedene Sache wörtlich angeboten wird. Das wörtliche Angebot des § 295 genügt also den Erfordernissen des § 300, 2.

In der Notwendigkeit der Ausscheidung zur Herbeiführung des Gefahrüberganges liegt eine Abweichung des BGB. von Jherings Lieferungstheorie.

Bei Bringschulden muss der Schuldner oder ein Dritter in den Grenzen des § 267 BGB. eine Sache mittlerer Art und Güte dem Gläubiger bringen, d. h. beim Gläubiger leisten. Zur Herbei-

führung der Konkretisierung muss der Schuldner daher dem Gläubiger die Sache gebracht und vergeblich tatsächlich angeboten haben (vgl. § 294, 300 BGB.

Hat der Gläubiger dem Schuldner erklärt, die Leistung nicht annehmen zu wollen, oder ist zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich, ohne dass Gläubiger die Handlung vornimmt (beispielsweise Bestimmung des Leistungsortes), so muss der Schuldner

a) die zu leistende Sache bestimmen bezw. ausscheiden,

b) dem Gläubiger diese Sache wörtlich anbieten, bezw. ihn auffordern, die erforderliche Handlung vorzunehmen. Soll der Gläubiger die Handlung zu einer nach dem Kalender bestimmten oder von einer Kündigung ab nach dem Kalender berechenbaren Zeit vornehmen, so gerät der Gläubiger, wie oben, mit Versäumung des Termins in Verzug; zur Konkretisierung und zum Gefahrübergang ist auch hier vergebliches wörtliches Angebot oder vergebliche Aufforderung, die Handlung vorzunehmen, erforderlich.

Es soll nunmehr die oben schon berührte Frage erörtert werden, ob bezüglich der spezialisierten Sache ein ius variandi besteht oder nicht.

Wollte man (s. Protok. II, S. 288) ein solches gestatten, so werde es dem Schuldner ermöglicht, in ungerechtfertigter Weise auf Kosten des Gläubigers zu spekulieren.

Schuldner darf also grundsätzlich bei Verzug des Gläubigers nicht bei späterer Lieferung anstatt der angebotenen eine andere Sache mittlerer Art und Güte liefern, oder im Fall des § 447 nach der Absendung über die abgesandte Sache anderweit verfügen und dem Gläubiger eine andere Sache mittlerer Art und Güte liefern. Schuldner hat nach Eintritt der Konzentration grundsätzlich ebensowenig die Verpflichtung zur Leistung einer anderen Sache als die Berechtigung dazu (Berndorff S. 39, Flatau S. 73, Haver S. 36, Heilfron II, S. 19). Dernburg (Bürg. Recht II, 1. S. 29) führt aus, für den Fall, dass Gläubiger in Verzug gerät, könnte man aus § 243 schliessen, dass der Leistungsgegenstand nur in der angebotenen Sache bestände; dies würde aber den Verkehrsanschauungen zuwiderlaufen. Aus diesem Grunde wurden in der zweiten Kommission lebhafte Bedenken gegen diese Konsequenzen erhoben. Es sei der Lebensauffassung entgegen, dass ein Schuldner z. B. bei Absendung oder vergeblichem Angebot von 10 Sack Gerste nicht berechtigt sein sollte, über die abgesandten oder vergeblich angebotenen Sack anderweit zu verfügen und anstatt derselben dem Gläubiger andere 10 Sack der geschuldeten Art zu liefern. Man stellte deshalb den Antrag, die Bestimmungen des § 243, 2 durch die verallgemeinerte Vorschrift des § 447 BGB. zu ersetzen.

Versendet der Schuldner die zu leistende Sache auf Verlangen des Gläubigers nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr

auf den Gläubiger über, sobald der Schuldner die Sache dem Spediteur, Frachtführer oder der sonst zur Ausführung des Transportes bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

Der Antrag wurde abgelehnt; die beantragte Abänderung wäre auch keineswegs geeignet gewesen, die in der Kommission Bedenken erregenden Konsequenzen zu zerstreuen; denn wenn die Gefahr übergeht, hat sich das Schuldverhältnis konkretisiert, die Konkretisierung schliesst aber das Verfügungsrecht aus (vgl. Berndorff S. 39, 40).

Dem Schuldner trotz des Gefahrüberganges das Verfügungsrecht zuzugestehen, kann, abgesehen von der darin liegenden Inkonsequenz, zu ganz ungerechten Ergebnissen führen, wie folgender von Bekker a. a. O. S. 385/86 angeführter Fall zeigt: „Ein Bremenser Haus kauft in Hamburg 10 Stücke einer ausgelosten Serie eines Prämienanlehns zu einer Zeit, wo die Nummernziehung schon begonnen. Der Hamburger übergibt 10 Stück in einem Paquet der zwischen Bremen und Hamburg gehenden Privatpost unter der Adresse des Bremenser Hauses. Bald nachher erfährt er durch unerwartete telegraphische Depesche, dass auf eine jener 10 Nummern der Hauptgewinn gefallen ist. Er sendet nun reitende Boten, einmal die Ablieferung jener Papiere zu hintertreiben, sodann rechtzeitig 10 andere Stücke dem Bremenser zu liefern."

Andrerseits ist nicht zn leugnen, dass eine strikte Durchführung der aus der Konzentration sich ergebenden Konsequenzen ebenfalls ad absurdum führen

würde. Dies zeigt sich vor allem bei Geldschulden. Gläubiger würde dann nämlich verlangen können, genau dieselben Geldstücke zu erhalten, durch deren Nichtannahme er in Verzug gekommen ist.

Es wird vielmehr zugegeben werden müssen — damit wurde auch die Ablehnung des oben ewähnten Kommissionsantrages als überflüssig motiviert, dass der Gläubiger die Annahme anderer als der früher angebotenen oder abgesandten Sachen von derselben Art und Güte nicht ohne genügenden Grund ablehnen dürfe (vgl. auch Seuff. Archiv 3 F. Bd. 2, S. 260. Entscheidung des O. L. G. Celle v. 1. 4. 02.

Wollte sich der Gläubiger der Annahme anderer Sachen widersetzen, obwohl er kein Interesse daran hat, gerade die Sachen zu erhalten, auf die sich das Schuldverhältnis beschränkt hat, so würde die Ausübung seines Rechts chikanös, wider Treu und Glauben verstossend sein. Ein solches Gebahren ist unzulässig, §§ 157, 226, 242 BGB. Ein Interesse, gerade die Sachen zu erhalten, auf die sich das Schuldverhältnis konzentriert hat, wird ausser bei Geldschulden in der Regel bei Schulden vertretbarer Sachen nicht vorliegen. Hebt Schuldner die Konzentration auf, so übernimmt er auch wieder die Gefahr. (Laband a. a. O. S. 180.)

Als weiterer noch zu erwähnender Fall steht es, wie jedem Speziesschuldner, so auch dem Schuldner einer Gattungssache frei (vgl. Berndorff, S 41), die spezies für den Gläubiger gemäss § 372 BGB. zu hinterlegen; fällt nun das dem Schuldner nach § 376 zustehende Rücknahmerecht weg, so wird er

in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte. Falls sich die geschuldete bewegliche Sache nicht zur Hinterlegung eignet, so kann er die spezies versteigern und den Erlös hinterlegen § 383 BGB.

Ist die Sache eine Ware des Handels, so ist, abgesehen von den erleichterten Bestimmungen für die Hinterlegung (vgl. § 373 HGB.) ganz nach Wahl des Verkäufers sowohl Hinterlegung als auch Selbsthilfeverkauf möglich (vgl. Sohm, der Selbsthilfeverkauf nach BGB. und HGB. in der Zeitschr. für das ges. Handelsrecht Bd. 58, S. 82).

Mit dem Rechte des Schuldners zur Hinterlegung der Sache ist wohl auch das Bedenken Labands (a. a. O.) gehoben, den die Unwiderruflichkeit der Auswahl bei Annahmeverzug des Gläubigers zu ganz absurden Konsequenzen zu führen scheint, wenn die spezies dem Verderben ausgesetzt ist.

In der Literatur besteht keineswegs Einigkeit über die Frage, ob ein jus variandi besteht. Für die hier dargestellte Ansicht enscheiden sich Planck n. 4. 3. und Örtmann n. 5. b. zu § 243. Zuweit geht Schollmeyer, n. 6c. zu § 243, der dem Schuldner ganz allgemein das Recht zu geben scheint, anstelle der Sachen, auf die sich das Schuldverhältnis konzentriert hat, Sachen der ursprünglich geschuldeten Art in gleicher Güte mit den konzentrierten zu liefern; Dernburg (a. a. O. S. 30) gibt bei Annahmeverzug das Rücknahmerecht allgemein, schliesst es dagegen bei Absendung ganz aus. Cosack I, S. 296 will ganz in Widerspruch mit § 243,2 BGB.

bei Absendung bis zur Ablieferung bezw. bis zur Benachrichtigung des Gläubigers von der Absendung dem Schuldner das Rücknahmerecht gewähren. Windscheid meint am Ende des § 255, es wäre das Richtigste gewesen, eine dahin gehende Bestimmung gesetzlich festzulegen, dass im Falle des Annahmeverzuges des Gläubigers Schuldner die Konzentration wieder aufheben könne. Enneccerus-Lehmann (S. 347) geben dem Schuldner das Recht, im Falle des Annahmeverzuges des Gläubigers eine andere Sache zu leisten, falls Gläubiger kein Interesse an der spezialisierten Sache habe. Bekker gibt dem Schuldner ein allgemeines jus variandi.

II. Besonderer Teil.

A. Geschichtlicher Abschnitt.

1. Geschichtliche Entwicklung.

§ 13.

Nach den Quellen geht die Gefahr über, wenn der Kauf perfekt ist (vgl. l. 2 C. de periculo et commodo 4,48; cfr. Regelsberger S. 187.

Die Römer selbst kannten nach herrschender Ansicht den Kauf eines reinen genus als Konsensualkontrakt nicht; man bediente sich hier der Stipulationen (vgl. Dernburg Pand. S. 258), daher sich das Quellenmaterial bezüglich dieser Frage auf Käufe aus dem sogenannten beschränkten genus oder auf emptiones ad mensuram bezieht.

Bis in die neuere Zeit hat unsere Frage keine eingehende Behandlung gefunden. Carpzow (opus Decisionum Dec. 131) erklärt es für ein kaufmännisches Gewohnheitsrecht, dass die Gefahr einer bestellten Ware mit ihrer Absendung auf den Käufe übergeht. Die gewohnheitsrechtliche Geltung des Satzes wird auch von späteren Juristen (Hommel, Struben, Glück) anerkannt.

2. Die Theorien.

§ 14.

Thöls Theorie.

Wie oben bereits erwähnt, wurde im Gemeinen Rechte die Frage nach den Voraussetzungen des Gefahrüberganges beim Gattungskauf erörtert, und diese Beschränkung der Untersuchung hat Kontroversen hervorgerufen.

Vor dem Jahre 1841 war die Ansicht allgemein vertreten, dass die Gefahr übergehe mit einseitiger Ausscheidung: dieselbe Ansicht vertrat später Heyer (in Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess N. F. 15, S. 26 ff.).

Im Jahre 1841 erörterte Thöl die Frage des Gefahrüberganges; er nennt seine Theorie seit der 5. Aufl. seines Handelsrechts Apparitionstheorie.

Er lässt die Gefahr übergehen, die Konkretisierung des genus zur spezies eintreten, wenn die zu liefernde spezies vom Verkäufer als Kaufobjekt aus dem genus gehörig ausgeschieden sei. Dies sei der Fall

1. Wenn die ausgeschiedene spezies dem Käufer tradiert sei, doch sei die Tradition als solche nicht das entscheidende Moment.

2. Wenn dem Käufer gegenüber die spezies aus dem genus ausgeschieden sei; darin liege zwar regelmässig die Tradition und das Anerkennen der spezies, aber weder in diesem noch in jener läge des entscheidende Moment, denn der Käufer müsse die gewählte spezies, falls kontraktmässig, annehmen.

3. Trotzdem dürfe man nicht einseitige Ausscheidung der spezies aus dem genus durch den Verkäufer für genügend halten, da der Verkäufer dieselbe beliebig rückgängig machen könne.

4. Vielmehr ist „zweiseitige Ausscheidung" zu verlangen. Die Kontrahenten müssten über die ausgeschiedene spezies in der Weise einig sein, wie wenn von vornherein über diese Spezies kontrahiert wäre. Da jedoch der Käufer eine kontraktmässige species nicht zurückweisen dürfe, so genüge es, wenn ihm die Ausscheidung der species so mitgeteilt wäre, dass der Beweis der Identität der species mit Beziehung auf diese Mitteilung geführt werden könne.

Thöls Theorie beruht auf folgendem Gedankengang (vergl. Hofmann § 43): Beim Abschluss eines Kaufes über eine species müssen Wissen und Wille der Kontrahenten auf die species zu gerichtet sein. Damit nun die Gefahr beim Genuskauf übergehen könne, so seien hinsichtlich des Kaufobjektes dieselben Voraussetzungen wie beim Specieskauf erforderlich. Weil Käufer eine ausgeschiedene kontraktsmässige species anzunehmen habe, so könne es auf den Willen des Käufers nicht mehr ankommen, nur müsse sich noch sein Wissen auf die species richten, damit der Kauf perfekt werde und die Gefahr übergehe.

Richtig sagt dagegen Hofmann (S. 121): Das übereinstimmende Wissen der Parteien sei nur insoweit wichtig, als es die Grundlage der Willensübereinstimmung bilde. Da es aber auf des Käufers Willen hinsichtlich der kontraktsmässigen species

nicht ankomme, so könne auch nicht mehr das Bewusstsein des Käufers rücksichtlich der species gefordert werden; auch sei zur Herstellung des Identitätsbeweises die Benachrichtigung weder erforderlich noch genügend.

Sei (vergl. Jhering S. 382) die Kenntnis des Berichts das Entscheidende, so fehle es an der Zweiseitigkeit der Ausscheidung, dem Wissensakte des Käufers, wenn der Bericht gar nicht, oder erst nach Untergang der Sache eingetroffen. Genüge aber die Absendung des Berichtes ohne Rücksicht darauf, ob er zur Kenntnis des Käufers gelange, so werde seine Absendung zu einem blossen Formerfordernis der Ausscheidung, was weder innerlich noch aus den Gesetzen zu begründen sei. Den Beweis der Identität der ausgeschiedenen mit der durch casus betroffenen species zu führen, sei Sache des Verkäufers, möge er sich den Beweis im Voraus durch einen Bericht sichern, aber ihn bei Strafe des Verlustes seiner Ansprüche dazu zwingen könne man nicht, falls das Gesetz es nicht vorschreibe. Dies sei gemeinrechtlich nicht der Fall. Auch gehe es nicht an, die Notwendigkeit des Berichtes aus der Natur der Ausscheidung zu deduzieren.

Die Ausscheidungstheorie beantwortet weiter die Frage nicht (Jhering S. 385), wie und wann die Ausscheidung vorgenommen werden müsse.

Weil (Jhering) die Ausscheidung vor der Lieferung vorgenommen werden könne, könne Verkäufer auch die Lage des Käufers beliebig verschlechtern. Bei Gefahr des Unterganges könne

Verkäufer ausscheiden und somit die Gefahr auf den Käufer überwälzen, sodass er sich die Kaufpreisforderung erhalte.

Verkäufer solle nach der Ausscheidungstheorie allerdings auch zur Lieferung der species nach der Ausscheidung gebunden sein, wie wenn von vornherein über die species kontrahiert sei, sodass er auch nicht die ausgeschiedene species einem Andern verkaufen könne. Dies sei aber nicht zuzugeben (Hofmann S. 123), denn die Handlung eines Kohlenhändlers, der 5 Ctr. für den A ausgeschiedene Kohle dem B verkaufe, während er noch 5000 Ctr. auf Lager habe, könne man doch nicht mit dem Benehmen dessen vergleichen, der dieselbe Uhr mehreren Personen verkaufe.

Auch praktisch führt Thöls Theorie zu unbilligen Resultaten. Es bestellt z. B. ein Gast eine Flasche Wein; der Kellner holt sie, fällt aber ohne sein Verschulden unterwegs hin, und die Flasche zerbricht, sodass der Wein ausläuft; niemand hatte eine gleiche Weinsorte bestellt. Nach Thöl trifft den Gast die Gefahr. Durch die Ausscheidung, das Holen, in welchem das Ausscheiden liegt, wurde die species hergestellt, denn Benachrichtigung ist gemäss obiger Erörterungen unnötig.

Auch die Quellen sprechen gegen Thöls Theorie; vergl. l. 35 § 7 D. de contr. emptione 18,1, l. 5 pr. D. de periculo et commodo 18,6; l. 2 C. de periculo et commodo 4,48. — Hierauf näher einzugehen, würde zu weit führen.

Den Gedanken, auf dem Thöls Theorie fusst, charakterisiert Jhering (S. 384) dahin, dass, wenn

a) Käufer der species die Gefahr trage,

b) nicht aber der Käufer einer generisch bestimmten Sache, bis

c) das admetiri dieselbe auf ihn überträgt, — dass dann c) aus a) erklärt werden müsse: die Genusschuld durchlaufe also bis zur Leistung zwei Phasen, eine der generischen Bestimmtheit mit Gefahr des Verkäufers bis zur Ausscheidung, eine der individuellen Bestimmtheit mit Gefahr des Käufers von der Ausscheidung bis zur Lieferung.

Zu diesem Gedanken konnte man, wie oben erwähnt, nur gelangen, weil man die Untersuchung der Genusobligation auf den Genuskauf beschränkte. Man argumentierte nämlich (Puntschart S. 277), nicht nur beim Spezieskaufe, sondern beim Kauf überhaupt gelte der Grundsatz „periculum est emptoris (der Satz gilt aber nur für den Spezieskauf) und beim Genuskauf finde der entgegengesetzte Grundsatz nur insoweit Anwendung, als die Unbestimmtheit des Objekts die Richtung des casus gegen den Käufer unmöglich mache. Mit der die Unbestimmtheit beseitigenden Ausscheidung müsse daher auch wieder die allgemeine Regel Platz greifen. Man kam auf diese Weise dazu, der Ausscheidung eine Wirkung beizulegen, die bei anderen Genusobligationen unmöglich zugegeben werden kann.

Thöl schlossen sich an Vangerow, Puchta, Sintenis, Mommsen (S. 340—42); vergl. code civil 1138; Sächs. GB. § 867.

§ 15.

Jherings Lieferungstheorie.

Eine zweite Theorie über die Voraussetzungen der Konzentration beim Gattungskauf hat Jhering in seiner Monographie: „Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt" aufgestellt.

Folgender Fall führte Jhering zur Aufstellung seiner Theorie, die Dernburg Erfüllungstheorie nennt:

Das Handlungshaus N., bei dem unabhängig von einander der A in X und der B in Z jeder 600 Ctr. Koaks bestellt haben, wählt zum Transport derselben den Flussschiffer P., der regelmässig das Geschäft zu besorgen pflegt, und misst ihm das Gesamtquantum von 1200 Ctr. zu, ohne dass die 600 des A und die 600 des B beim Zumessen oder bei der Verbindung geschieden worden wären. P. verladet die 1200 Ctr. auf 2 Schiffe, 800 auf ein grösseres, 400 auf ein kleineres. In der Nacht vor der Abfahrt geht letzteres mit der Ladung unter, P. fährt mit dem andern Schiffe ab und ladet in X, wo er zuerst ankommt, bei A 600 Ctr. ab, sodass B nur noch 200 erhält. Da B nur letztere bezahlen will, N aber den Kaufpreis für die ganzen 600 Ctr. verlangt, so erhebt Letzterer Klage".

Das Handlungshaus hatte alles getan, was es nach dem Sinne des Vertrages zu tun schuldete. Die spezielle Ausscheidung und gesonderte Verladung wäre im Gegenteil für den Käufer in Ansehung der beträchtlichen Mehrkosten nachteilig gewesen. Daraus

schloss Jhering, dass die Ausscheidung eben nicht das Massgebende für den Gefahrübergang sein könne, dass vielmehr, falls in einem einzelnen Falle mit der Ausscheidung die Gefahr tatsächlich übergehe, diese Ausscheidung nicht als solche, sondern weil mit ihr ein anderes Moment zufällig zusammen träfe, die Gefahr übertrage. Dieses Moment sei die Lieferung. Sie bestehe regelmässig in der Tradition und diese hätten auch sämtliche Stellen über unsere Frage im Auge. Die Lieferung könne aber auch auf andere Weise erfolgen z. B. durch Absenden; die Begriffs Solution und Tradition fielen nicht zusammen. Die Lieferung bestimme sich danach, wenn der Verkäufer das getan, was ihm nach beiderseitiger Absicht zu tun oblag; dies hänge wiederum vom Inhalte des Vertrages ab.

1. Vertrag könne bestimmen, dass Käufer sich die Sache holen solle; dann gehe die Gefahr (abgesehen von mora acipiendi) nicht mit vorheriger Ausscheidung über (Jhering S. 371 ff.), sondern erst, wenn sich Käufer die ausgeschiedene Sache abgeholt habe, also mit der Tradition.

2. Habe Verkäufer zu bringen, so gehe die Gefahr über, wenn Verkäufer die Sache dem Käufer gebracht habe, also wenn er tradiert habe.

3. Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Sache zuzusenden; der Gefahrübergang trete ein, wenn der Verkäufer abgesandt, d. h. die Sache der Person oder Anstalt übergeben habe, die den Transport besorgen solle; denn damit habe der Verkäufer alles getan, was ihm vertragsmässig oblag.

Mangels anderer Verabredung und falls aus dem Sinne des Vertrages nichts anderes hervorgehe, habe der Käufer die Sache beim Verkäufer abzuholen. Auf die beim Vertragsschluss gebrauchten Worte käme nichts an, sondern auf den Willen der Beteiligten. Übertrage also der Verkäufer die Gefahr in dem Augenblicke, in dem er das ihm vertragsmässig Obliegende getan, so würde dies regelmässig der Augenblick der Leistung sein. Aber auch ohne Leistung könne er alles getan haben, denn der Leistung stehe gleich die durch mora des Käufers verhinderte Leistung; bei Annahmeverzug träte daher gleichfalls Gefahrübergang ein (S. 437).

Während des in mora esse könne

a) das ganze genus untergehen; Verkäufer werde von seiner Leistungspflicht befreit, Käufer habe aber den Kaufpreis zu zahlen, weil Verkäufer sich den Anspruch darauf durch die Lieferung erworben hätte, wenn diese nicht durch die mora unterblieben wäre (S. 434).

Bei teilweisem Untergang des genus müsse der Käufer den casus nach Verhältnis seines Teils zum Ganzen tragen.

b) Gehe die als Erfüllung vergeblich angebotene kontraktmässige species unter, so trage Käufer den casus und sei nach Untergang zur Zahlung des Preises verpflichtet, weil ohne seinen Verzug der Verkäufer frei geworden wäre (vgl. l. 72 pr. D. de sol. 46,3).

Diese Bestimmung muss auch für alle Genusschulden gelten und wird auch in dieser Stelle noch

auf den servus in dote angewendet. Dass aber hier der Schuldner durch den eintretenden casus nicht ipso iure befreit wird, sondern ihm nur eine exceptio doli gegeben wird, kann Jhering mit Recht für sich und gegen Thöl anführen (S. 436); denn bei einer Speciesschuld — nach Thöl wird die Genusschuld durch die Ausscheidung zu einer solchen — wird der Schuldner bei Untergang des Leistungsgegenstandes ipso iure frei. Die exceptio doli erklärt sich eben gerade daraus, dass die Genusschuld bis zur Erfülluhg auf ein genus geht. Mit ihr macht der Schuldner geltend, dass zwar die Leistung noch möglich, es aber unbillig wäre, anstatt der angebotenen Stücke von ihm andere zu verlangen, da er doch ohne den Verzug die Gefahr von sich abgewälzt hätte (S. 438).

Ferner beruft sich Jhering gegen Thöl noch auf 2 folgende Argumente:

a) Wenn man die Regel, den Käufer treffe die Gefahr, nicht bloss als für die emptio speciei (Jhering), sondern für den Kauf allgemein geltend ansehe (Thöl), so könne man die geltende entgegengesetzte nur als eine Ausnahme ansehen, die eben nur insoweit zur Anwendung gelange, als die Unbestimmtheit des Objekts die Sicherheit darüber, dass das geschuldete Stück aus dem genus vom casus betroffen sei, ausschliesst. Wenn man nun mit der Ausscheidung die Gefahr übergehen lasse, so müsste man den Käufer auch die Gefahr bei Untergang des ganzen genus tragen lassen, denn mit dem Untergange des ganzen genus sei doch

sicher auch das geschuldete Stück untergegangen. Der Untergang des ganzen genus gehe aber mangels mora des Käufers auf Gefahr des Verkäufers. Trage aber Verkäufer schlechthin die Gefahr, so müsse auch die Individualisierung bedeutungslos sein.

b) Eine Bestätigung findet die Auffasung, dass das admetiri nicht zum Zweck der Individualisierung stattfindet in l. 35 § 5—7 D de contr. empt. 18,1, handelnd von einer emptio ad mensuram; dieselbe ist ein Specieskauf; das dabei stattfindende admetiri kann also nicht zur Spezialisierung vorgenommen werden. Da aber ein vor dem admetiri eintretender casus den Verkäufer trifft, so ist der Sinn der emptio ad mensuram eben, dass nur soviele Stücke bezahlt werden, als geleistet sind. Da nun hinsichtlich des admetiri hier der emptio ad mensuram der Genuskauf gleichgestellt ist, so muss man daraus für letzteren schliessen, dass die Gefahr bis zur Leistung den Verkäufer trifft.

Mit Jherings Theorie stimmen auch die oben citierten Quellenstellen überein; ebenso hat sich ihr die neuere Literatur angeschlossen und auf demselben Standpunkt stehen auch die meisten neueren Kodifikationen; vgl. ALR. I 11 § 95, 128, alt. HGB. Art. 345.

§ 16.

Bekkers Individualisierungstheorie.

Eine weitere Fortbildung hat die Lehre vom Gefahrübergang beim Gattungskauf durch Bekker

gefunden („Zur Lehre vom Gattungskauf" a. a. O. S. 350 ff.). Bekker nennt seine Theorie kurz „Individualisierungstheorie", Haver (S. 90) schlägt statt dessen „Vertragstheorie" vor.

Bekker meint: Jede Obligation auf Leistung einer Gattungssache muss spätestens bei der Erfüllung zur Obligation auf Speciesleistung werden. Mit dem Augenblick, in dem dies eintritt, tritt sie überhaupt, auch bezüglich der Gefahrtragung, unter die für Speziesobligationen geltenden Regeln. Die Spezialisierung vor der Leistung erfolgt dadurch:

a) dass die Parteien beim Kontraktschluss etwas für die Spezialisierung verabreden, dass sie z. B. nach dem arbitrium eines Dritten erfolgen solle (S. 382);

b) dass die Parteien nachträglich Spezialisierung verabreden, ohne damit die Leistung zu verbinden.

Bei Spezialisierung mit der Erfüllung ist bei Kaufgeschäften die Tradition das spezialisierende Moment.

Beim Holen und Bringen fallen Hingabe und Annahme zusammen; beim Senden auseinander, hier spezialisiert in der Tat erst die Annahme Da aber das hieraus für die Gefahrtragung sich ergebende Resultat dem anzunehmenden Parteiwillen zuwiderlaufen würde, ist weiter anzunehmen, dass die Spezialisierung nach diesem Parteiwillen schon mit der vollendeten Absendung als geschehen gelten soll, beide Teile von nun ab die Obligation als an diese Spezies gebunden zu betrachten haben und also Käufer die Gefahr zu

tragen, Verkäufer sich aber jeder Verfügung über die Sache zu enthalten habe.

Im einzelnen verhält sich demnach Bekker folgendermassen gegenüber Jherings Theorie.

1. Er behauptet, der Genuskauf könne schon vor der Leistung in einen Spezieskauf verwandelt werden. Man kann jedoch die beiden von ihm angeführten Möglichkeiten nicht als Fälle der Spezialisierung ansehen.

2. Nach Bekker führt es zu einer schreienden Ungerechtigkeit, wenn die Gefahr im Augenblick der vollendeten Absendung übergeht (Jhering); denn Käufer trage dann die Gefahr von Untergang und Verschlechterung, während Verkäufer der schon erwählten species eine andere substituieren könne. Zum Beweise führt Bekker den oben S. 48 genannten Fall an.

In der Tat widerspräche es der Billigkeit, falls Verkäufer nach der Absendung zu solcher Handlungsweise befugt wäre. Aber nach der Jhering'schen Theorie hat Verkäufer dieses Recht garnicht (vergl. Berndorff S. 75).

3. Richtig hat Bekker darauf hingewiesen, dass beim Gattungskauf der Verkäufer mit dem Absenden allein unmöglich geliefert haben könne.

Jhering sagt: Lieferung besteht regelmässig in der Tradition, kann aber auch auf andere Weise (z. B. durch Absenden) erfolgen; die Begriffe Tradition und Solution fallen nicht zusammen (Entscheidend ist, dass Verkäufer alles, was ihm oblag, getan hat). Als Beispiel führt Jhering an:

der Käufer gibt dem Verkäufer den Auftrag, die gekauften Vögel fliegen zu lassen; führt Verkäufer den Auftrag aus, so hat er ohne Tradition geleistet.

Darauf entgegnet Bekker (S. 378): die Solution, Leistung besteht stets in der Vornahme von Handlungen, zu denen der Schuldner aus der Obligation verpflichtet ist. Nicht jeder Schuldner ist ad tradendum verpflichtet; daher fallen Leistung und Solution einerseits und Tradition andererseits nicht immer zusammen. Geht aber eine Obligation auf tradere, so ist Erfüllung unmöglich, bevor nicht tradiert; dies ist der Fall beim Kauf, denn hier ist Verkäufer verpflichtet ad tradendum (cf. l. 1 pr. D. de rerum permutatione 19,4). In Jherings Beispiel handelt Verkäufer als Vertreter, detentor des Käufers; der Käufer ist vorher durch constitutum possessorium juristischer Besitzer geworden; der dazu erforderliche Vertrag ist durch die in der Ausführung des Auftrages liegende Annahme des Auftrages zustandegekommen. Man könnte auch eine Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses als vorliegend erachten.

Wenn nun beim Kauf geliefert ist erst mit der Tradition, so frägt sich, wann die Tradition stattfindet, falls Verkäufer zum Schicken verpflichtet ist.

Bekker meint: das einseitige Hingeben und die Annahme, was zusammen die Tradition ausmacht, kann zeitlich auseinanderfallen und falle bei der Verpflichtung zum Senden auseinander. Hier tritt der Gefahrübergang, die Individualisierung mit der Vollendung der Tradition, der Annahme ein. Aber nach dem mutmasslichen Parteiwillen soll mit der

vollendeten Absendung die Gefahr übergehen, der Verkäufer aber auch die Verfügungsbefugnis über die abgesandte Sache verlieren. Hingabe und Annahme bei der Tradition zeitlich zu trennen, ist aber unserer Ansicht nach durchaus unzulässig, da dann in der Zwischenzeit Niemand besässe. Es soll vielmehr im Fall des Versendens (Goldschmidt Hdb. d. Hdlsr. I. 2 S. 632 a 43) weder durch Absendung tradiert, noch ohne Tradition geliefert werden, sondern es soll durch die Zwischenperson tradiert werden, freilich auf Gefahr des Käufers oder „der Verkäufer soll bringen, aber auf Gefahr des Käufers" (Bekker S. 386).

4. Gefahr geht wie bei Jhering bei Bekker über mit der Leistung, nur ist die Leistung bei Jhering schon mit dem Absenden, nach Bekker beim Gattungskauf erst mit der Tradition erfolgt. In der Tradition liegt stets eine Spezialisierung, denn nur eine species kann tradiert werden. Nach mutmasslichem Parteiwillen lässt Bekker im Falle des Sendens die Gefahr schon mit der vollendeten Absendung übergehen, aber dieses Senden muss dann nach ihm eine Individualisirung enthalten. Nach Bekker soll nämlich die Gefahr übergehen, wenn anstelle des generisch bestimmten ein individuell bestimmtes Leistungsobjekt getreten ist, wenn die Genustschuld sich in eine Speziesschuld verwandelt hat. Soll nun nach dem Parteiwillen die Gefahr schon mit dem Absenden übergehen, so bedeutet das eben, die Spezialisierung soll mit dem Absenden stattfinden. Daher entscheidet er den von Jhering

erwähnten Fall der Kohlenlieferung entgegengesetzt wie Jhering, da in diesem Falle der Verkäufer die Spezialisierung unterlassen hat.

Wenn Individualisierung und Gefahrübergang nur nach Parteiwillen eintreten, so ist nicht abzusehen, warum nach Parteiwillen nicht auch Gefahrübergang beim Absenden ohne Individualisierung eintreten soll.

§ 17.

Regelsbergers Theorie.

Vergl. hierzu Archiv für zivilistische Praxis Bd. 49 S. 183 ff.

Nach ihm geht die Gefahr über mit der rechtlich bindenden Individualisirung. Die Art der Individualisirung hängt davon ab

1. wer das Wahlrecht hat;
2. wie dasselbe ausgeübt wird.

Steht das Wahlrecht

a) dem Käufer zu, so übernimmt er die Gefahr, wenn er dem Verkäufer gegenüber zu erkennen gegeben hat, welche Species er geliefert haben will;

b) dem Verkäufer zu, so kann nach dem Vertrage Käufer berechtigt sein, der Ausscheidung beizuwohnen. Vornahme der Wahl in absentia des Käufers hat hier keine Wirkung, ausser wenn dieser durch Ausbleiben im verabredeten Termine auf seine Gegenwart verzichtet hat. Stillschweigend ist dem Käufer das Recht der Gegenwart ausbedungen, wenn Verkäufer dem Käufer die Sache zu bringen oder

der Käufer sich die Sache beim Verkäufer zu holen hat. In diesen Fällen geschieht die Individualisierung wie bei Jhering erst mit der Tradition.

Hat der Käufer auf seine Gegenwart bei der Ausscheidung verzichtet, was regelmässig beim Distancekauf der Fall ist, so tritt Individualisierung und Gefahrübergang mit der endgültigen Ausübung des Wahlrechts durch den Verkäufer ein. Diese findet statt, wenn der Verkäufer die von ihm getroffene Entscheidung dem Käufer gegenüber kundgegeben hat, und zwar tritt die verbindliche Wirkung dieser Erklärung schon mit ihrer Abgabe, nicht erst mit der Kenntnisnahme derselben durch den Käufer ein. Demgemäss tritt beim Distancekauf die Individualisierung ein

a) mit der Absendung einer Anzeige von der geschehenen Ausscheidung an den Käufer,

b) mit der Übergabe der bestimmten Ware an den Spediteur oder Frachtführer.

Hiergegen ist zu sagen:

1. bei Wahlrecht des Käufers liegt keine generische, sondern Speziesobligation vor.

2. Ferner hat Regelsbergers Theorie eine eingehende Prüfung durch Stintzing gefunden. (Stinzing a. a. O.)

Bei dem Falle, wo dem Verkäufer das Wahlrecht zusteht, unterscheidet Regelsberger, ob Käufer bei der Ausscheidung zugegen sein dürfe oder nicht. Besteht ein solches Recht für den Käufer, so folge es nicht aus dem Genuskaufe, sondern aus einem Nebenvertrage (Stinzing a. a. O. S. 181 ff.). Dass

das Recht, der Ausscheidung beizuwohnen, stillschweigend bei Hol- und Bringschulden vereinbart sein solle, sei gleichfalls nicht zuzugeben.

3. Als Fall reinen Genuskaufes bleibe demnach nur der Fall übrig, dass der Gläubiger auf seine Gegenwart verzichtet habe (d. h. dass dem Gläubiger das Recht der Ausscheidung beizuwohnen, nicht durch Parteiabrede gegeben sei); hier solle die Gefahr mit der endgültigen Ausübung des Wahlrechts übergehen. Aber die generische sei keine Wahlobligation, denn der Schuldner habe nicht zu wählen, was er schuldig sein, sondern nur, was er leisten will.

Ferner könne selbst die bindende Ausübung des Wahlrechts nicht die Gefahr auf den Käufer übertragen; andernfalls könnte der Darlehnsschuldner durch bindende Ausübung seines Wahlrechts mittels Ausscheidung der Geldrollen und Anzeige an den Gläubiger sich von jeder Gefahr befreien und sie dem Gläubiger zuschieben und doch sei gewiss, dass der Verlust des zur Zahlung bestimmten Geldes den Schuldner nur dann befreie, wenn Gläubiger in mora accipiende wäre.

B. Die Fälle des BGB.

Soweit bei einem Schuldverhältnis eine generische Bestimmung der geschuldeten Sache möglich ist, vollzieht sich die Konzentration nach den oben angeführten allgemeinen Grundsätzen mangels besonderer Bestimmung; bei ihnen die Voraussetzungen der Konzentration zu betrachten, würde demnach

eine Wiederholung des oben angeführten bedeuten. Es sollen deshalb hier nur die drei wichtigsten Fälle betrachtet werden, über welche das BGB. hauptsächlich Vorschriften hat.

§ 18.

Die Konzentration bei Geldschulden.

Nach § 270,1 BGB. sind Geldschulden im Zweifel Bringschulden, da der Schuldner das Geld im Zweifel auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln hat. Die Beschränkung der Geldschuld auf bestimmte Geldstücke tritt daher erst dann ein, wenn der Schuldner dem Gläubiger die Geldstücke gebracht, gezahlt oder so angeboten hat, dass der Gläubiger durch Nichtannahme in Verzug gekommen ist. Erst dann hat der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan §§ 243,2; 300,2.

Im Fall der Veränderung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers (unter den Voraussetzungen des § 270,2) erklärte der 1. Entwurf in § 230,2 den Schuldner einer Geldschuld für verpflichtet, dem Gläubiger das Geld auch an den neuen Wohnsitz zu übersenden, jedoch auf Gefahr des Gläubigers; BGB. lässt aber nach § 270,3 die Übersendung nur dann auf Gefahr des Gläubigers geschehen, wenn durch die Änderung des Wohnsitzes die Gefahr der Übermittelung sich erhöht. In diesem Fall tritt dann mit der Absendung des Geldes die Konzentration der Geldschuld ein.

§ 19.

Die Konzentration beim Gattungskauf.

Die Frage nach den Vorausetzungen der Konzentration beim Gattungskauf ist identisch mit der Frage nach den Voraussetzungen des Gefahrüberganges beim Gattungskauf.

Die auf den Gefahrübergang beim Kauf bezüglichen Bestimmungen gelten nicht blos für den Spezieskauf, sondern ganz allgemein für den Kauf, also auch für den Gattungskauf. „Dies ist auch leicht verständlich, denn die individuellee Bestimmung der Kaufsache, die beim Abschluss des Kaufes verabsäumt war, wird durch die gefahrübertragende Akte nachgeholt." Vergl. Cosack S. 396 N. 7.

Nach dem hierfür massgebenden § 446 ist zu unterscheiden zwischen dem Kauf von beweglichen Sachen und von Grundstücken (vergl. Cosack a. a. O. Enneccerus-Lehmann I. S. 525).

1. Beim Kauf von Grundstücken trägt der Verkäufer die Gefahr bis zur Übergabe, beziehungsweise, wenn die Eintragung des Eigentumsüberganges in das Grundbuch vor der Übergabe erfolgt, bis zur Eintragung § 446.

2. Beim Kauf beweglicher Sachen geht die Gefahr mit der Übergabe über. Hat Verkäufer die verkaufte Sache dem Käufer zu bringen, oder hat letzterer sie beim Verkäufer abzuholen, so fallen Übergabe und Leistung zusammen (Planck-Örtmann zu § 446); unter Übergabe ist nicht nur körperliche Übergabe zu verstehen, sondern auch

brevi manu traditio, constitutum possessorium und Abtretung des dem Verkäufer gegen einen Dritten zustehenden Herausgabeanspruches.

Die gelieferte Sache kann nur mangelhaft sein, aber trotzdem vertragmässig.

Hier tritt Beschränkung ein, wenn Käufer den Mangel kennt, aber trotzdem die Sache annimmt, ohne sich seine ihm durch § 480 gegebenen Rechte vorzubehalten; behält er sich diese jedoch vor oder bekommt er erst hinterher Kenntnis von den Mängeln und macht er diese innerhalb der gesetzlichen Fristen geltend, so hängt das Fortbestehen der bereits eingetretenen Konzentration davon ab, ob sich Käufer unter den ihm nach § 480 zustehenden Befugnissen für Wandlung oder Minderung entscheidet.

Ist die Sache vertragswidrig, so hat Schuldner nach § 243 nicht das Erforderliche getan, es kann daher auch keine Konzentration eintreten; die Lieferung einer vertragswidrigen Sache stellt sich vielmehr als eine neue Offerte dar (Vergl. Oster S. 37)

Abgesehen von Leistung erfolgt der Gefahrübergang, wenn Käufer in Annahmeverzug (vergl. oben) kommt.

Versendet Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte (vergl. § 269), so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die verkaufte Sache dem Spediteur, Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

Durch die Erfüllung des Verlangens des Käufers wird nur eine Nebenverpflichtung des Verkäufers, nicht ein selbständiges Geschäft statuiert. (Vergl. Ortmann zu § 447; Fischer-Henle zu 447; Cosack S. 406.

Weiter braucht die Versendung an einen andern als den Erfüllungsort nicht ausdrücklich verlangt zu werden, sondern kann auch je nach der konkreten Sachlage als stillschweigend vereinbart angesehen werden.

Man wird dem Verkäufer das Recht zugestehen müssen, die Versendung in eigener Person, durch seine Angestellte oder durch sein Fuhrwerk zu besorgen. Die Gefahr muss dann dem Sinne des § 447 entsprechend in dem Augenblick übergehen, in dem der Verkäufer mit der Versendung tatsächlich beginnt, der Angestellte das Wegbringen tatsächlich anfängt, und, wenn der Verkäufer (Jhering S. 432) statt eines fremden Fuhrwerks sein eigenes nimmt, um selbst das Fuhrlohn zu verdienen, so ist das so gut, als hätte er sein eigenes Fuhrwerk gemietet. Das ihm aufgetragene Schicken wird dadurch nicht zum Bringen, dass die ihm anheimgestellte Wahl der Person, die die Waren überbringen soll, auf ihn selbst fällt.

Die Regel des § 447 gilt nicht blos bei der Versendung von einer Ortschaft in eine andere, sondern auch innerhalb der nämlichen Ortschaft. (vgl. Örtmann § 447; Rechtsprechg. d. OLG. Bd. 2 S. 218, Deutsche Juristenzeitg. Bd. 7 S. 156). Meist wird man jedoch gemäss der Verkehrsauffassung

die Verpflichtung des Verkäufers, die Sache nach der am gleichen Orte befindlichen Wohnung des Käufers zu senden, als eine Verpflichtung zum Bringen auffassen; die Annahme einer Verpflichtung zum Schicken in diesen Fällen wäre z. B. möglich in grossen Städten mit innerstädtischen Beförderungsmitteln.

Eine besondere Art von Gattungskauf finden wir im sogenannten Spezifikationskaufe, dessen Zugehörigkeit zum Gattungskauf allerdings vielfach bestritten wird; vgl. über alles Nähere Örtmann im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 85 S. 202 ff.

§ 20.

Die Konzentration beim Werkvertrage.

Der Werkvertrag ist nach römischem und heutigem Recht (§ 631) derjenige Vertrag, durch den sich ein Unternehmer zur Herstellung eines Werkes, also zur Herbeiführung eines Erfolges gegen Leistung einer Vergütung seitens des Bestellers verpflichtet.

Der Unternehmer hat bald blos Arbeit zu leisten, bald auch noch Material zu liefern; lag dem Unternehmer die Beschaffung des zu bearbeitenden Hauptgegenstandes ob, so galt nach herrschender Ansicht das Geschäft in der Kaiserzeit als Verkauf (vgl. Gai Instit. III, § 147).

BGB. vertritt einen vermittelnden Standpunkt; vgl. § 651. (Das neue HGB. § 381,2 hebt den Unterschied allerdings wieder auf). Gehört hiernach die herzustellende Sache zu den nicht vertretbaren —

ist sie vertretbar, so finden die Vorschriften über den Kauf schlechthin Anwendung — so gilt zwar der Vertrag als Kauf, jedoch treten anstelle der §§ 433; 446, 1 S. 1, 447; 459, 460, 462—64; 477—79 (betreffend den wesentlichen Inhalt des Vertrages, Gefahrübergang und die Haftung wegen Mängel) die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648.

Damit ist, falls es sich um Herstellung nicht vertretbarer Werke aus vom Unternehmer zu lieferndem Stoffe handelt, die Anwendung der Vorschriften des Kaufes bezüglich oben genannter Punkte beseitigt.

Die nicht vertretbare Sache, zu deren Herstellung der Unternehmer das Material liefert, kann generisch oder individuell bestimmt sein; ersteres ist der Fall, wenn Jemand z. B. sich einen Anzug bestellt. Der Unterschied, ob generische oder individuelle Bestimmung vorliegt, liegt darin, dass die angegebenen Merkmale bald in einer einzelnen, bald in mehreren anzufertigenden Sachen zutreffen können. Stets liegt individuelle Bestimmung vor, wenn die Sache anzufertigen ist aus vom Besteller geliefertem Stoffe.

Die Konzentration tritt mit dem Gefahrübergange ein. Über diesen gibt BGB. folgende Vorschriften:

1. Die Gefahr geht auf den Besteller über mit der Abnahme, beziehungsweise der Vollendung, wenn nach der Beschaffenheit des Werks die Abnahme desselben ausgeschlossen ist. § 646.

Der 1. Entwurf erklärte in § 572 (BGB. § 640 vgl. Motive II S. 490) nach Analogie der Abnahme-

pflicht des Käufers (§ 459, 2) den Besteller für verpflichtet, das hergestellte Werk abzunehmen; die Annahme soll demnach in der tatsächlichen Wegnahme bestehen. In der 2. Kommission wurde beantragt, den Besteller zu einer beschränkten Prüfung des Werks zu nötigen (vgl. Protokolle II, S. 315 ff.). Dieser Antrag wurde abgelehnt. Die Majorität vertrat auch den Standpunkt, dass die Verpflichtung des Bestellers zur Abnahme des vertragsmässig hergestellten Werkes in § 572 E. 1 ihrem Wesen nach nicht der in § 459, E. 1 (§ 433 BGB.) statuierten Abnahmepflicht gleich stehe; vielmehr stimmte sie darin überein, dass der Abnahme in 572 die Bedeutung der Abnahme als Erfüllung i. S. des § 363 BGB. zukomme, dergestalt, dass der Besteller nach der Abnahme die Leistung zunächst als vertragsmässig gelten lassen muss. Er kann zwar etwaige Mängel rügen, muss aber nach § 363 die Beweislast übernehmen.

Nach der Absicht der 2. Kommission sollte die verschiedene Bedeutung der Annahme in § 459, 2 und in den Vorschriften über den Werkvertrag durch verschiedene Fassung zum Ausdruck kommen. Die Redaktionskommission hat indessen die Fassung des Entwurfes beibehalten, jedenfalls weil die verschiedene Bedeutung zur Genüge dadurch hervortrete, dass in § 433 der Käufer zur Abnahme der gekauften Sache, in § 640 der Besteller zur Abnahme des vertragsmässig hergestellten Werks verpflichtet sei.

Man wird u. E. der Mehrheit der II. Kommission beitreten müssen, denn (Planck zu 640) die Sachlage beim Werkvertrag ist offenbar nicht die gleiche wie beim Kauf, da dem Unternehmer mit der blossen Wegnahme nicht gedient ist, er vielmehr ein Interesse daran hat, dass möglichst bald die Vertragsmässigkeit des Werks festgestellt werde.

2. Die Abnahme hat nach § 269 in dubio beim Schuldner zu erfolgen.

Versendet der Unternehmer das fertiggestellte Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem andern Orte als dem Erfüllungsorte, so tritt mit der Vollendung der Absendung nach § 644, 2 in Verbindung mit § 447, 1 der Gefahrübergang nur bei solchen Werken ein, die eine Abnahme zulassen, weil bei den übrigen Werken die Gefahr schon mit dem vor der Absendung liegenden Zeitpunkte der Vollendung des Werkes übergeht.

3. Nach § 644, 1, S. 2 geht die Gefahr auf den Besteller über, wenn dieser in Annahmeverzug kommt. Dazu bemerkt Berndorff (a. a. O., S. 116): Hier, das ist in der Bestimmung des § 644, muss statt „Abnahme" „Annahme" gesagt werden, weil der Paragraph den Gefahrübergang auch hinsichtlich der Werke bezeichnet, bei denen ihrer Beschaffenheit nach die Abnahme ausgeschlossen ist. Dies ist unsers Erachtens nicht richtig; denn bei solchen Werken kann ein Annahmeverzug mit gefahrübertragender Wirkung nicht vorkommen. Zur Herbeiführung des Verzugs gehört wörtliches oder

tatsächliches Angebot des hergestellten vollendeten Werkes.

Wenn nun nach § 646, 644, 1, S. 1 die Gefahr hier schon mit der Vollendung übergeht, es also garnicht mehr des vergeblichen Angebots zur Gefahrübertragung bedarf, so ergibt sich eben, dass für Sachen, deren Beschaffenheit die Abnahme ausschliesst, Annahmeverzug und ebenso Absendung (ob. 2) als Grund zur Gefahrübertragung garnicht in Betracht kommen kann.

Unter welchen Voraussetzungen vor der Abnahme des Werkes, beziehungsweise dem Annahmeverzug die Gefahr auf den Besteller übergeht, so dass der Unternehmer ganze oder teilweise Vergütung erhält, war im Gemeinen Rechte bestritten. Den Quellen nach wird man hier die Gefahr übergehen lassen müssen.

a) bei Zerstörung des Werkes durch höhere Gewalt;

b) bei Untergang oder Verschlechterung des Werkes infolge des vom Besteller gelieferten Materials.

Nach BGB. § 645 hat der Unternehmer Anspruch auf einen dem fertiggestellten Teil das Werkes entsprechenden Betrag, wenn das Werk vor der Abnahme respektive Vollendung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist infolge einer vom Besteller gelieferten materia vitiosa oder infolge einer vom Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung; die Frage, wie weit Unternehmer den Stoff zu prüfen und den Besteller auf

falsche Anweisungen aufmerksam zu machen hat, entscheidet sich nach Lage des einzelnen Falles (vgl. Fischer-Henle zu § 645; Endemann a. a. O. I, S. 790, Anm. 21).

In diesen Fällen hat Unternehmer das Erforderliche getan, Besteller trägt daher die Gefahr von dem Augenblick des Unterganges, der Verschlechterung oder Unausführbarkeit an, und damit ist die Beschränkung des Gattungsschuldverhältnisses auf eine bestimmte Sache eingetreten.